

THESIS / THÈSE

DOCTEUR EN PHILOSOPHIE

Propriété intellectuelle, soutenabilité et (biens) communs

approche philosophique et étude de cas sur l'appropriation de la biodiversité agricole

Tilman, Valérie

Award date:
2016

Awarding institution:
Université de Namur

[Link to publication](#)

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.



**Propriété intellectuelle, soutenabilité et biens communs:
approche philosophique
et étude de cas sur l'appropriation de la biodiversité agricole**

Valérie Tilman

Promoteur : Prof. Bertrand Hespel

Année académique 2015-2016

Membres du jury :

Prof. S. Brunet (ULg)
M. Ph. Defeyt (IDD)
Prof. B. Feltz (UCL)
Prof. B. Hespel (UNamur), promoteur
Prof. D. Lambert (UNamur), président
Prof. Y. Pouillet (UNamur)

« Tout ce que tu feras est dérisoire,
mais il est essentiel que tu le fasses »
(Gandhi)

Remerciements

Je tiens à remercier tout particulièrement mon directeur de thèse, le professeur Bertrand Hespel, pour sa confiance, son enthousiasme sans faille, sa patience, ses relectures minutieuses, ses conseils discrets et avisés, son optimisme et sa sagesse.

Je remercie aussi les membres du jury, Messieurs Sébastien Brunet, Bernard Feltz, Philippe Defeyt, Yves Pouillet, Dominique Lambert et Bertrand Hespel, pour leur intérêt pour ce sujet, leur lecture attentive, leur commentaires constructifs et leurs conseils.

**Propriété intellectuelle, soutenabilité et biens communs:
approche philosophique
et étude de cas sur l'appropriation de la biodiversité agricole**

Table des matières

INTRODUCTION.....	12
CHAPITRE 1	
Propriété intellectuelle: aperçu historique et définitions.....	15
1. La propriété intellectuelle: aperçu historique.....	15
1) L'émergence de la propriété intellectuelle et de la conception moderne du brevet....	15
2) L'émergence du droit d'auteur.....	22
3) Régimes nationaux de brevets.....	25
4) Internationalisation des régimes de brevet.....	26
2. La notion de propriété intellectuelle : définitions.....	29
1) Le droit de propriété intellectuelle contemporain.....	29
2) Le brevet contemporain.....	31
3. L'émergence des brevets biotechnologiques.....	34
4. Quelques sources de débats et de controverses.....	40
5. Bibliographie du chapitre.....	45
CHAPITRE 2	
Aux origines philosophiques de la propriété intellectuelle.....	47
1. Le <i>Statut des Monopoles</i> anglais de 1623 : l'option utilitariste.....	48
2. La théorie de la propriété de John Locke, <i>Traité du gouvernement civil</i> , 1690 : l'argument du droit naturel.....	50
3. Denis Diderot, <i>Lettre sur le commerce de la librairie</i> , 1763 : l'émergence d'un droit moral reconnu à l'auteur sur son œuvre.....	55
4. Nicolas de Condorcet, <i>Des privilèges de la propriété littéraire</i> , 1776 : propriété intellectuelle et utilitarisme « social ».....	63
5. Emmanuel Kant et Johan Gottlieb Fichte : l'argument du droit moral.....	66
1) Kant, <i>De l'illégitimité de la reproduction des livres</i> , 1785.....	66
2) Fichte, <i>Preuve de l'illégitimité de la reproduction des livres, un raisonnement et une parabole</i> , 1791.....	68
6. Adam Smith et John Stuart Mill : la tradition utilitariste.....	71
1) Adam Smith, <i>La richesse des nations</i> , 1776.....	71

Le monopole.....	72
La propriété intellectuelle.....	74
2) John Stuart Mill, <i>Principes d'économie politique</i> , 1848 et <i>De la liberté</i> , 1859.....	75
7. Friedrich Hegel, <i>Principes de la philosophie du droit</i> , 1821: droit moral et droit marchand	78
8. Robert Nozick et Murray Rothbard : deux points de vue libertariens.....	81
1) Robert Nozick, <i>Anarchie, État et utopie</i> , 1974.....	81
2) Murray Rothbard, <i>Man, Economy and State</i> , 1970.....	88
9. Pierre-Joseph Proudhon, <i>Qu'est-ce que la propriété ?</i> , 1840 ; <i>Majorats littéraires</i> , 1862 ; <i>Théorie de la propriété</i> , publié à titre posthume.....	89
1) La propriété littéraire.....	89
Réfutation économique.....	91
Considérations morales et esthétiques.....	95
2) La propriété.....	97
Objection à l'argument du talent.....	98
Objection à l'argument du travail.....	100
Objection à l'argument de l'occupation.....	103
10. Karl Marx (1818-1883).....	111
1) Marx et la propriété.....	111
2) Marx et Proudhon.....	119
3) Bernard Edelman, <i>Éléments pour une théorie marxiste du droit</i> , 1973.....	121
11. Une conception alternative de l'intérêt général : les défenseurs des biens communs, des choses communes, des communs et du principe du commun.....	124
1) Quelques contours de la notion de <i>res communis</i>	126
2) Quelques contours de la notion de <i>patrimoine commun de l'humanité</i>	129
3) Quelques contours de la notion de <i>domaine public</i>	131
Droit d'auteur et domaine public : quelques principes généraux.....	134
Brevets et domaine public.....	138
4) Quelques contours de la notion de <i>culture libre</i>	139
Richard Stallman.....	139
Lawrence Lessig.....	140
Le bémol de cette démarche.....	147
5) Quelques contours de la notion de <i>commons</i>	149
Les communs fonciers ou naturels.....	149
Les communs informationnels.....	151

Le mouvement des <i>commons</i>	152
Les biens communs globaux.....	155
12. Conclusions du chapitre.....	158
1) Conclusion autour de l'argument de la propriété « naturelle ».....	159
Le droit naturel de propriété.....	159
Le droit moral de l'auteur, une déclinaison du droit naturel de propriété chez certains auteurs.....	161
Réfutation de l'idée de propriété de soi, celle-ci étant au cœur du droit naturel de propriété.....	162
Objections à l'encontre du droit moral « naturel ».....	166
Objections à l'encontre du droit naturel de propriété.....	169
Proudhon et Marx, pourfendeurs du droit naturel de propriété.....	173
Le travail ne justifie pas la propriété.....	176
2) Conclusion autour de l'argument utilitariste.....	177
3) Des conclusions qui convergent sur la question de la propriété intellectuelle.....	182
4) Recommandations politiques issues de ces conclusions.....	185
Dans le domaine matériel.....	185
Dans le domaine immatériel.....	186
Dans le domaine du droit d'auteur et du <i>copyright</i>	186
Dans le domaine des brevets.....	186
13. Bibliographie du chapitre.....	191

CHAPITRE 3

Propriété intellectuelle, économie et projets de société.....	198
1. Controverses autour des justifications économiques de la propriété intellectuelle.....	198
1) Comment les théories économiques dominantes justifient-elles la propriété intellectuelle?.....	198
Théorie néoclassique et théorie de la croissance endogène.....	198
Le courant néo-institutionnaliste.....	202
2) Comment les théories économiques dominantes justifient-elles, depuis plus de 200 ans, l'impératif de progrès technologique?.....	206
Say.....	207
Bastiat.....	207
La théorie néoclassique et Solow	211
3) Le progrès technique induit-il un chômage structurel durable?.....	212
Ricardo.....	212
Marx.....	212
Schumpeter.....	213
Rifkin.....	215

4) Analyse et conclusions: où mène le modèle économique guidé par les théories exposées aux points 1) et 2) de ce chapitre ?.....	218
En marche vers un étranglement du marché du travail.....	218
Une concurrence imparfaite biaisée.....	219
La science économique, une discipline biaisée.....	221
La technologie détournée de ses finalités.....	222
Une situation de dépossession collective.....	224
2. L'objectif de soutenabilité et les implications auxquelles il conduit concernant l'orientation des politiques en matière de propriété intellectuelle.....	226
1) Qu'est-ce que le développement durable ? Éléments de définition.....	226
2) Quelles sont les finalités du développement et celles du développement durable ?.	230
3) L'autonomie et la cohésion sociale, des valeurs centrales du développement durable	240
L'autonomie.....	240
La cohésion sociale.....	243
4) Juger les pratiques de propriété intellectuelle au regard des critères d'autonomie et de cohésion sociale.....	246
5) L'objectif de soutenabilité implique-t-il la croissance ou la décroissance de l'économie?.....	246
6) La promotion de la croissance par l'innovation n'est pas en soi une politique de soutenabilité.....	256
3. Conclusions du chapitre.....	257
4. Bibliographie du chapitre.....	262
 CHAPITRE 4	
Etude de cas : Biodiversité agricole et propriété intellectuelle.....	267
1. Introduction : Les ressources génétiques et phytogénétiques : définition, importance et érosion.....	268
2. Arguments tendant à démontrer que la propriété intellectuelle renforce certaines politiques préjudiciables à la biodiversité.....	273
1) L'accès aux ressources phytogénétiques et la récupération de la notion de patrimoine commun de l'humanité.....	273
L'émergence du patrimoine commun de l'humanité.....	273
Historique relatif à l'application de la notion de patrimoine commun de l'humanité aux ressources phytogénétiques.....	276
a) La Convention de l'UNESCO pour la protection du patrimoine mondial culturel et naturel (1972).....	276
b) La Convention des Nations Unies sur le droit de la mer (1982).....	277

c) L'Engagement international de la FAO sur les ressources phytogénétiques pour l'alimentation et l'agriculture (1983).....	278
Déconstruction du concept de patrimoine commun de l'humanité.....	281
a) Interprétation concertée de l'Engagement international, 1989 (Résolutions 4/89 et 5/89, FAO).....	281
b) La Résolution 3/91, FAO.....	283
c) Convention des Nations Unies sur la diversité biologique (1992).....	284
d) L'Accord relatif à la partie XI de la Convention des NU sur le droit de la mer de 1994.....	288
e) La Déclaration sur le génome humain et les droits de l'homme.....	289
f) La Déclaration de Castellon sur les nouvelles perspectives du patrimoine commun de l'humanité.....	290
g) La Déclaration de Leipzig, 1996.....	290
h) Le Traité FAO sur les ressources phytogénétiques pour l'alimentation et l'agriculture (Résolution 3/2001, FAO), adopté en 2001 et entré en vigueur en 2004.....	291
i) Les Lignes directrices de Bonn sur l'accès aux ressources génétiques et le partage juste et équitable des avantages résultant de leur utilisation (2002) et le Protocole de Nagoya (2010).....	295
Conclusion concernant la notion de patrimoine commun de l'humanité.....	297
2) Les débats (quelquefois surréalistes) sur la protection à donner aux savoirs traditionnels associés aux ressources génétiques.....	298
Introduction.....	298
Les débats sur la protection des savoirs traditionnels dans le cadre de l'ADPIC.....	302
Les débats sur la protection des savoirs traditionnels dans le cadre des travaux prolongeant la Convention sur la diversité biologique (CDB).....	303
L'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI) et la protection des savoirs traditionnels.....	307
Conclusion concernant la protection des savoirs traditionnels.....	316
3) L'évolution de la protection des plantes et des variétés végétales au moyen de droits de propriété intellectuelle et ses conséquences sur le privilège de l'agriculteur.....	319
Le privilège de l'agriculteur : définition, importance et mise en œuvre.....	319
Droits d'obtention végétale (DOV) et privilège de l'agriculteur.....	322
a) L'UPOV (Union pour la protection des obtentions végétales).....	322
b) Régime de protection communautaire (UE) des obtentions végétales.....	326
c) Exemple de droit national : la protection des obtentions végétales en droit français.....	327
d) Conclusion concernant les droits d'obtention végétale.....	331
Brevets et privilège de l'agriculteur.....	332
a) Le droit international en matière de brevets (Organisation mondiale du commerce (OMC), Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI).....	332
b) La protection des plantes et variétés végétales aux Etats-Unis (Plant Patent Act, Plant Variety Protection Act, Utility Patent Act).....	336

c) La protection des variétés végétales et des plantes dans l'Union européenne (Directive européenne 98/44/CE, Convention sur le brevet européen).....	337
d) Conclusion concernant les brevets.....	348
Les accords de libre-échange (ALE).....	349
a) Exemples d'accords multilatéraux et bilatéraux.....	349
b) Conclusion concernant les accords de libre-échange.....	355
3. Arguments extérieurs à la problématique des brevets démontrant une appropriation croissante de la biodiversité.....	356
1) Stratégies des politiques de préservation <i>ex situ</i> de la biodiversité agricole.....	356
2) Aperçu de l'évolution du droit communautaire européen des semences et de ses impacts.....	366
3) Tendances en matière d'appropriation des terres agricoles au niveau mondial.....	375
4) Conclusion provisoire concernant l'appropriation croissante de la biodiversité.....	380
4. Le modèle <i>open source</i> permet-il de sortir de cette impasse ?.....	380
1) OSSI, un exemple américain.....	381
2) Le CSA, un exemple indien.....	385
3) Conclusion concernant le modèle <i>open source</i>	389
5. Conclusion du chapitre : comment sortir de cette impasse ?.....	389
6. Bibliographie du chapitre.....	393
CONCLUSION GENERALE.....	403
Annexe 1 : Chiffres et données-clés.....	418

PARTIE I : ASPECTS HISTORIQUES ET PHILOSOPHIQUES

INTRODUCTION

Propriété intellectuelle, développement soutenable, biotechnologies, biens communs, *open source*, domaine public, *commons*, appropriation des semences, OGM, économie de l'innovation... : autant de sujets d'actualité brûlante faisant l'objet de controverses qui méritaient d'être abordées dans une perspective philosophique.

La propriété intellectuelle en débats

Les divergences de vues sur cette question ne pourraient pas être plus marquées : de nombreux intervenants qui pèsent dans les débats relatifs à la propriété intellectuelle maintiennent la légitimité des normes actuelles en vertu d'une certaine conception de la propriété, de l'efficacité économique et de l'incitation à innover ; face à eux, une portion croissante d'acteurs et de scientifiques plaide en faveur de la révision de ces normes, invoquant la finalité sociale initiale du droit de la propriété intellectuelle et les valeurs qui l'ont fondé. Le mouvement du libre accès et celui des *commons*, les dénonciations d'ONG, le nombre croissant de rapports émanant de scientifiques, d'institutions ou d'organismes internationaux qui, depuis plus de deux décennies, appellent à la réflexion sur les abus liés à la propriété industrielle et sur les moyens de prévenir ces derniers sont interpellants. Ils revendiquent l'instauration d'un espace de débats et de décisions plus démocratiques sur les questions de propriété intellectuelle. Mais le mépris, le déni et l'hostilité que suscitent ces initiatives interpellent tout autant et justifiaient un examen rationnel de ces questions : c'est cet examen que nous nous proposons de mener dans ces pages.

Une problématique philosophique

Cette thèse s'inscrit dans le domaine de la philosophie. Pourtant, il s'agira d'une recherche fortement interdisciplinaire, assortie en outre d'une importante étude de cas. Comment justifier cette démarche *a priori* peu orthodoxe en philosophie ?

Cette étude peut être décrite comme une réflexion critique et interrogative sur le bien commun à partir de problématiques suscitées par le droit de la propriété intellectuelle. Contrairement à d'autres travaux philosophiques, elle ne s'appuie pas sur une école de pensée ou un auteur particulier dont il s'agirait d'appliquer la méthode ou la réflexion au sujet traité. Elle se veut philosophique en ce qu'elle interroge de façon critique les discours juridique, économique, politique et scientifique qui se réservent souvent l'expertise sur les questions de propriété intellectuelle. La méthode adoptée consistera à passer au crible d'une critique rationnelle et à confronter à une solide étude de cas les justifications philosophiques et économiques de la propriété intellectuelle les plus couramment invoquées de nos jours. Si nous défendons la nécessité d'une forte interdisciplinarité dans l'analyse de cette question, c'est dans le but de mettre en lumière la complexité de la problématique étudiée, les interconnexions entre ses différentes dimensions et les multiples enjeux posés. Des auteurs de premier plan (Peter Drahos, Axel Gosseries, Mireille Buydens...) se sont déjà livrés avec brio à l'analyse de l'apport de la tradition philosophique à la réflexion contemporaine en matière de propriété intellectuelle. Nous avons choisi de ne pas imiter leurs démarches respectives et de produire une recherche complémentaire. Cette thèse sera spécifique dans sa façon de rendre compte des théories des auteurs classiques à partir de nombreux extraits de leurs propres œuvres qui permettront d'en

déformer le moins possible la pensée ; elle le sera également dans le fait d'y juxtaposer une analyse de mouvements tous récents, dans son caractère interdisciplinaire qui intégrera à l'analyse philosophique les dimensions économique et politique, dans l'exposé de problèmes concrets suscités par la propriété intellectuelle et dans la définition de pistes de solutions et de recommandations pratiques. Cette démarche très personnelle n'est sans doute pas celle qu'adopterait un historien de la philosophie classique : précisons dès lors que la thèse philosophique proprement dite sera surtout exposée dans le deuxième chapitre et en partie dans le troisième chapitre, mais que les autres chapitres se révéleront indispensables pour la nourrir et la compléter.

De manière générale, cette recherche trouve sa source dans le constat selon lequel des dérives et des abus en matière de propriété intellectuelle font l'objet de dénonciations : dans l'hypothèse où l'on pourrait déterminer qu'il existe bel et bien des normes ou des pratiques abusives, au regard de certains critères qu'il s'agirait alors d'énoncer, les droits de propriété intellectuelle incriminés resteraient-ils justifiables en vertu de la théorie de la propriété, de l'efficacité économique ou de l'incitation à innover ? Et si oui, cela justifierait-il de balayer le problème des normes ou des pratiques jugées abusives ? En d'autres termes, les justifications classiques de la propriété intellectuelle justifient-elles les excès que peut engendrer cette dernière ? Nous tenterons de répondre à ces questions à travers quatre chapitres.

Quatre chapitres : quatre angles d'approche

Dans le premier chapitre, nous retracerons de façon synthétique quelques épisodes marquants de l'histoire de la propriété intellectuelle, en nous intéressant particulièrement à l'émergence du droit des brevets et à celle du droit d'auteur. Nous préciserons ensuite la nature des principaux droits de propriété intellectuelle contemporains, en nous concentrant plus spécialement sur le brevet et sur le contexte à l'origine de l'apparition des brevets biotechnologiques : en effet, l'étude de cas présentée dans le dernier chapitre portera sur le domaine de la recherche agronomique, domaine qui fait un usage croissant de tels brevets. Nous présenterons enfin un aperçu de quelques débats et controverses actuels permettant d'émettre des doutes quant au caractère indiscutable de l'utilité sociale de la propriété intellectuelle. Ce sont ces débats et ces doutes qui nous conduiront à approfondir dans les chapitres suivants les controverses d'ordres philosophique, économique, politique et éthique autour de la légitimité de l'idée de propriété intellectuelle et de certaines pratiques contemporaines en la matière. Ce premier chapitre aura donc pour but principal de présenter un exposé du contexte, ainsi qu'une définition des concepts principaux qui seront utilisés dans le cadre de cette recherche.

Le deuxième chapitre aura pour objectif de redécouvrir les principaux arguments philosophiques, novateurs pour leurs époques respectives, qui ont fondé, accompagné ou contesté la construction des systèmes de propriété intellectuelle au fil du temps. A partir de nombreux extraits, il se fera l'écho le plus fidèle possible des réflexions en la matière de penseurs classiques tels que Locke (argument du droit naturel de propriété), Diderot (émergence d'un droit moral reconnu à l'auteur sur son œuvre), Condorcet (utilitarisme), Kant et Fichte (argument du droit moral de l'auteur sur son œuvre), Smith et Mill (tradition utilitariste), Hegel (droit moral et droit marchand), Nozick et Rothbard (deux points de vue libertariens), Proudhon (critiques de la propriété littéraire et de la propriété), Marx (critique de la propriété), mais aussi d'auteurs contemporains (Stallman, Lessig, Boyle, Ostrom, Dussolier, Coriat, Bollier, Dardot et Laval, ...) qui promeuvent une conception alternative de l'intérêt général à travers la défense des choses communes (*res communis*, patrimoine commun de l'humanité, domaine public), des communs (*open source*, *commons*) ou encore du principe du *commun*. Dans la synthèse importante qui

suivra cette présentation, nous tenterons de mettre en relief ce que pourraient gagner, à la (re)lecture de ces auteurs et à la bonne compréhension des mouvements dans lesquels ils s'inscrivent, les débats contemporains en matière de propriété intellectuelle.

Dans le troisième chapitre, intitulé *Propriété intellectuelle, économie et projets de société*, nous examinerons les controverses autour des justifications économiques de la propriété intellectuelle. Nous rappellerons dans un premier temps comment certaines théories économiques dominantes justifient la propriété intellectuelle. Nous exposerons, comparerons et discuterons, notamment sur base de plusieurs constats et critiques, les travaux sur cette question d'un certain nombre de théoriciens et de penseurs classiques de l'économie, et nous tenterons de déterminer si la propriété intellectuelle concourt ou non à des processus d'innovation qui s'inscrivent dans une perspective de soutenabilité, concept que nous aurons préalablement défini et justifié.

Enfin, le quatrième chapitre sera consacré à l'étude d'une thématique qui devrait nous permettre d'illustrer certains impacts sociétaux des pratiques de protection de la propriété intellectuelle. C'est la question du rôle que joue la propriété intellectuelle par rapport à la biodiversité agricole que nous avons choisi d'étudier, car il s'agit d'une problématique fondamentale pour l'autonomie alimentaire des populations. L'introduction de ce chapitre rappellera l'importance de cette biodiversité agricole et les causes principales de l'érosion qui l'affecte. Les développements successifs du chapitre porteront sur différents phénomènes : nous envisagerons l'impact de la propriété intellectuelle sur l'accès aux ressources phytogénétiques internationales pour l'agriculture et l'alimentation et sur la notion de patrimoine commun de l'humanité, sur les débats relatifs à la protection à donner aux savoirs traditionnels associés aux ressources génétiques, sur le privilège de l'agriculteur de ressemer les graines issues de sa récolte et sur les accords de libre-échange. Nous étudierons également quelques problématiques *a priori* extérieures à la problématique des brevets, mais dont certaines s'avéreront néanmoins y être liées : les stratégies derrière les politiques de préservation *ex situ* de la biodiversité agricole dans des banques de semences, les impacts liés à l'évolution du droit communautaire européen des semences et les tendances en matière d'appropriation des terres agricoles au niveau mondial. Nous nous poserons ensuite la question de savoir ce qui pourrait être fait pour faire évoluer positivement ces différentes situations.

Aucun de ces chapitres ne vise l'exhaustivité sur les questions abordées. Nous sommes consciente qu'au terme de cette étude, nous n'aurons pas fait le tour de la question : certains épisodes de l'histoire de la propriété intellectuelle n'auront pas été relatés ; certains penseurs n'auront pas été abordés ; certaines théories économiques n'auront pas été étudiées ; certaines lectures feront sans doute défaut ; d'autres études de cas auraient pu se justifier ; enfin, les recommandations issues de cette recherche mériteront certainement d'être enrichies à la lumière d'autres études parallèles ou futures. Néanmoins, nous pensons que la diversité des sources que nous avons étudiées, l'indépendance de cette recherche, le temps que nous y avons consacré et le recul qu'aura permis ce long engagement en feront une étude sérieuse, argumentée et intègre qui pourra être utilisée en renfort des nombreuses autres études critiques à l'égard de certaines pratiques de protection de la propriété intellectuelle afin de susciter les changements juridiques, politiques et culturels urgents qui s'imposent.

CHAPITRE 1

Propriété intellectuelle: aperçu historique et définitions

La notion moderne de propriété intellectuelle est le fruit de multiples évolutions. Elle s'est constituée peu à peu au fil du développement de chacune des branches du droit de la propriété intellectuelle contemporain (droit des brevets, droit d'auteur, droit des marques, ...) et à travers les codes nationaux et régionaux en matière de propriété intellectuelle établis et modifiés au gré de multiples intérêts.¹ Ces différentes évolutions expliquent les nombreuses tensions au cœur du droit de la propriété intellectuelle. Dans ce chapitre qui se veut introductif, nous tenterons de faire revivre quelques éléments saillants de cette histoire à rebondissements en nous intéressant particulièrement à l'émergence du droit des brevets et à celle du droit d'auteur. Nous préciserons ensuite la nature des principaux droits de propriété intellectuelle contemporains en nous concentrant plus spécialement sur les brevets et sur le contexte à l'origine de l'émergence des brevets biotechnologiques : en effet, l'étude de cas présentée dans le dernier chapitre de cette recherche portera sur le domaine de la recherche agronomique, domaine qui fait un usage croissant de tels brevets.

Sur base de recherches historiques de grande qualité que quelques auteurs de premier plan ont consacrées à l'origine de la propriété intellectuelle, nous présenterons ainsi, dans ce premier chapitre, un exposé du contexte, une définition des concepts principaux et un aperçu de quelques débats et controverses actuels qui nous permettront d'entrer en connaissance de cause, et déjà solidement armée, dans le vif de notre sujet.

1. La propriété intellectuelle: aperçu historique

1) L'émergence de la propriété intellectuelle et de la conception moderne du brevet

L'idée de propriété intellectuelle semble liée à certaines conceptions proprement modernes.² Pour Carla Hesse, elle est en effet révélatrice d'une métaphysique particulière : la conception selon laquelle une idée ou son expression peut être tenue pour la propriété d'un homme aurait semblé incongrue dans un certain nombre de civilisations pré-modernes (chinoise,

¹ Dont certains n'avaient parfois qu'un lointain rapport avec la protection du travail des créateurs contre la piraterie, comme le remarque P. Malissard, *La propriété intellectuelle : origines et évolution*, p. 3: article en ligne sur <http://www.archipel.uqam.ca/2234/6/PI-univ-ch05.pdf> (consulté le 16/05/2016).

islamique, juive ou chrétienne, notamment)³ pour lesquelles le savoir était généralement réputé transmettre des vérités éternelles révélées ou résulter de l'étude des textes anciens.

Néanmoins, il semblerait que des tribus eskimos ou africaines aient reconnu l'appartenance du nom, de certains titres ou de certains privilèges à des personnes particulières en vertu d'un lien mystique ou statutaire, ou encore que la pratique de chants, de danses, de charmes et d'incantations ait été réservée à un individu ou à une famille, les tiers ne pouvant s'y livrer sans danger, sans autorisation de l'ayant-droit, celle-ci étant accordée généralement sous une forme rituelle. Bien qu'indiscutablement attestés, ces faits sont toutefois sujets à des interprétations divergentes.⁴

Dans la Grèce antique, les œuvres n'étaient pas considérées comme des créations : le sage ou le poète exprimaient des idées qui leur étaient extérieures. L'homme était vu comme un instrument : le poète était inspiré par les dieux ; le philosophe (pour Platon) « se remémorait » l'Idée du Vrai, du Bien ; l'artisan mettait servilement⁵ en forme la matière pour y retrouver l'Idée. Tout travail salarié (y compris les poètes rémunérés, lorsque cette pratique se répandit) était vu comme une forme de servitude. L'innovation était déconsidérée. L'idée de dette envers les anciens auteurs était très présente⁶ (et le resta jusqu'à la fin du Moyen Age). La création n'existant pas⁷ et l'auteur n'étant qu'un exécutant servile, l'idée de les récompenser, même par une récompense honorifique, fut critiquée, au 4^{ème} siècle avant J.C., par Aristote⁸ qui assimilait cette pratique à un « renversement métaphysique et axiologique ».⁹ Aristote contesta également le bien-fondé des

² Comme l'explique P. Malissard : « Pour disparates qu'elles soient, les origines de la mise en place d'une protection juridique pour les créations paraissent tout de même en grande partie concomitantes de l'émergence du créateur comme acteur social. (...) il fallait que l'inventeur (...) commence à s'affirmer, sans doute vers le 15^{ème} ou 16^{ème} siècle (...). De même, il fallait l'apparition de l'auteur – celui qui vit de sa plume – (...) dans le courant du 18^{ème} siècle » : Couture M., Dubé M. et Malissard P., *Propriété intellectuelle et université. Entre la privatisation et la libre circulation des savoirs*, PUQ, 2010, p. 106.

³ Comme le note C. Hesse, en Grèce ancienne, les poètes chantaient les mots des muses divines ; en Chine, la grandeur du sage se manifestait dans l'interprétation de la sagesse des anciens et son espoir de récompense résidait uniquement dans l'estime des générations futures ; selon la tradition islamique, le savoir vient de Dieu et de lui seul ; selon la tradition juive, don de Dieu, il ne peut être vendu. Jusqu'à la Renaissance, le génie était perçu comme divinement inspiré... L'idée d'une propriété intellectuelle était étrangère à ces conceptions : C. Hesse, *The Rise of Intellectual Property*, in *Daedalus*, Spring 2002, p. 26-45.

⁴ G. Rouhette, article *propriété*, in *Encyclopédie thématique*, Paris, Encyclopaedia Universalis, 2005.

⁵ D'autant plus servilement que, selon la vision grecque d'alors, l'artisan vendait à l'acheteur une parcelle de lui-même à travers l'oeuvre qu'il avait fabriquée.

⁶ On attribuait volontiers les mots célèbres d'un disciple au maître.

⁷ Comme le remarque M. Buydens, *La propriété intellectuelle. Evolution historique et philosophique*, Bruylant, 2012, p. 27 : *eurisko* (inventer) signifiait d'abord *rencontrer, trouver par hasard*.

⁸ Aristote, *La Politique*, Livre II, chapitre 8, 1268 b.

⁹ Qui remettait en outre en question, dans le système d'Aristote, le statut politique inférieur de l'artisan : M. Buydens, *op. cit.*, p. 27-28.

monopoles¹⁰, témoignant par là de ce qu'il s'agissait de pratiques en vigueur. En effet, si le brevet s'est incontestablement développé aux Temps modernes, on en retrouve malgré tout certaines prémisses à l'époque pré-moderne. Certains gouvernements semblent ainsi avoir accordé des droits exclusifs à des entrepreneurs « de manière à encourager les autres à exceller par de telles inventions dans une vive compétition ». ¹¹ Enfin, l'idée de secrets des métiers (moins nettement établie dans l'Antiquité, toutefois, qu'à l'époque médiévale) annonçait également l'émergence de la notion de propriété intellectuelle plusieurs siècles avant notre ère.

Dans la Rome antique, l'innovation conserva une connotation négative: la technique était vue comme perturbant l'ordre social et l'ordre naturel. Toute oeuvre était rapportée à une *auctoritas* (autorité)¹² et les idées étaient conçues comme un bien commun naturel. Néanmoins, les Romains reconnaissaient que l'expression était individuelle : il existait donc une certaine paternité de l'auteur sur son oeuvre et le plagiat était l'objet de réprobation morale (mais non légale). Martial comparait ainsi le plagiaire à un voleur d'enfants.¹³ Sénèque, en précurseur de la modernité, reconnaissait même que l'auteur avait la propriété de son livre (il en était, selon lui, le *dominus*), tandis que l'éditeur était propriétaire de son usage, c'est-à-dire des copies (il n'en détenait que l'*usus*).¹⁴ Des textes témoignent également de ce que le consentement de l'auteur était moralement requis pour la communication et la reproduction de son oeuvre.¹⁵

Durant le Moyen Age, de manière générale, les monopoles étaient interdits. Mais certaines dérogations étaient admises, par exemple pour les corporations. La période médiévale¹⁶ vit en effet très nettement émerger, au sein des corporations de métiers, des attitudes de propriété intellectuelle vis-à-vis de la connaissance des métiers et des processus. Les verriers de Venise, par

¹⁰ Aristote, *La Politique*, Livre I, chapitre 11.

¹¹ Dans *Le Banquet des sophistes*, une oeuvre du III^{ème} siècle après J.C. de laquelle est extraite la citation précédente, est relaté le fait que, six siècles avant notre ère, la ville de Sybaris avait accordé à l'inventeur d'un nouveau plat gastronomique un droit exclusif d'exploitation d'un an : Athénée de Naucratis (Athenaeus), *Le Banquet des sophistes (Deipnosophistae)*, cité par Beltran A., Chauveau S., Galvez-Behar G., *Des brevets et des marques. Une histoire de la propriété industrielle*, Fayard, Paris, 2001, p. 44.

¹² C'est-à-dire celui qui a initié le discours (même s'il ne l'a pas créé), celui qui a fait surgir une chose venant des dieux.

¹³ Martial, *Epigrammes*, I, LII.

¹⁴ Sénèque, *De Beneficiis*, VII, 6.

¹⁵ M. Buydens, *op. cit.*, p. 36-55.

¹⁶ Au Moyen Age, seul Dieu était considéré comme créateur: l'homme ne faisait qu'exécuter. Le texte n'était pas rattaché à un auteur (cela aurait constitué un péché d'orgueil), mais on y renseignait une *auctoritas* (le pape, un concile, ...) : plus celle-ci était ancienne, plus le texte avait de la valeur. Le Moyen Age mit tout de même en place plusieurs conditions d'émergence de la propriété intellectuelle : la valorisation du travail (à l'image du Dieu qui travailla six jours et se reposa le septième, mais surtout parce que le travail écartait de l'oisiveté, source de péché) qui permit plus tard de justifier un droit de propriété sur la chose (à commencer par la terre); et l'idée de propriétés multiples sur une chose (notamment sur les terres). Au 12^{ème} siècle, toutefois, Abélard, dans *Sic et Non* (1122), défendit la trace de l'auteur dans son texte, même si ce dernier restait inspiré par Dieu. Progressivement l'empreinte personnelle fut reconnue à l'auteur humain, même si l'auteur premier restait Dieu : M. Buydens, *op. cit.*, p. 57-122.

exemple, ne pouvaient quitter la commune sous peine d'amende ou d'exclusion de leur corporation.¹⁷ Les secrets de fabrication, de savoir-faire permirent aux corporations de s'affirmer à partir du milieu du 13^{ème} siècle.¹⁸

Le Moyen Age laissa également quelques indices de monopoles particuliers, appelés privilèges (qui existaient déjà à Rome, d'ailleurs), accordés par des souverains. La pratique de ceux-ci devint plus fréquente à partir de la fin du 13^{ème} siècle et finit par toucher toute l'Europe. Des *Lettres patentes* (lettres publiques) permettaient à leurs bénéficiaires de ne pas être soumis à la loi commune et étaient l'occasion, notamment en Angleterre, d'accorder à certains privilégiés du pouvoir un monopole ou un emploi. Ces monopoles étaient arbitraires: ils ne dépendaient que de la volonté du souverain. Pour recevoir un privilège, il fallait présenter une requête argumentée; l'intérêt public de la pratique considérée devait faire l'objet d'une appréciation par les autorités. Ces deux conditions satisfaites, un droit d'exploitation exclusif, limité dans le temps et dans l'espace, pouvait être accordé.¹⁹ Dans l'Europe médiévale, ces privilèges ne récompensaient pas encore l'invention, mais souvent une technique utile au roi, par exemple dans le domaine forestier, sur des dispositifs destinés aux cours d'eau, mais aussi, et même souvent, sur les gisements miniers stratégiques (or, argent, cuivre), comme l'attestent des textes miniers, des contrats et des concessions. L'exclusivité disparaissait alors avec la suspension de l'exercice.

En 1474, à Venise, témoin d'une tendance croissante à la concession de privilèges,²⁰ une loi fut votée, la *Parte Venetiana*, présentant ces privilèges comme des instruments visant à encourager l'activité inventive, à compenser les investissements de l'inventeur, à reconnaître le droit de l'auteur sur son invention et à contribuer à l'utilité sociale. Ces justifications étaient fort semblables aux arguments actuels en faveur des régimes de propriété intellectuelle :²¹ publication et protection des inventions y étaient explicitement associées ; l'invention devait, pour faire l'objet d'un tel privilège, être technique, nouvelle (nouveau local), ingénieuse et « au point, de

¹⁷ A. Beltran, *op. cit.*, p. 21.

¹⁸ Au 15^{ème} siècle, Gutenberg aurait également possédé plusieurs « secrets » : taille des pierres précieuses, fabrication des miroirs et *ars artificialiter scribendi* : Braunstein P., *Travail et entreprise au Moyen Âge*, De Boeck Supérieur, 2003, p. 471.

¹⁹ A titre d'exemple, au 13^{ème} siècle, un certain Bonafusus aurait obtenu un privilège de quinze ans dans le domaine de la teinture des draps : A. Obadia, *Le Brevet Sur L'Animal: Xénotransplantation*, PUQ, 2001, p. 10. Cet auteur rapporte également l'octroi, en 1105, par Guillaume de Mortagne, d'un monopole accordé à un abbé de Basse-Normandie sur des moulins à vents.

²⁰ En 1469, par exemple, un privilège fut octroyé à Venise à l'importateur de la technique d'imprimerie à caractères mobiles mise au point par Gutenberg : M. Buydens, *op. cit.*, p. 126.

²¹ Toutefois, précise M. Buydens, *op. cit.*, p. 222-227, à Venise, ce n'est pas l'activité individuelle de création qui est à la source du privilège, mais l'utilité pour la République (utilitarisme) : il n'est donc pas encore question de droit subjectif ou de propriété de l'inventeur sur son invention. La loi vénitienne fut finalement peu appliquée, et ce n'est qu'à partir de la seconde moitié et plus encore à la fin du 16^{ème} siècle que les privilèges furent accordés en nombre à Venise (mais sans référence à la *Parte Venetiana*) : il fallait en effet attendre le développement du contexte culturel plus propice à reconnaître les idées de création individuelle, de droit subjectif et de propriété sur sa création.

manière à être aussitôt utilisée et appliquée »;²² les contrefacteurs étaient punis et, en cas de non exploitation de l'invention, la République s'accordait le droit de supprimer le privilège. Ce système des privilèges connut plus de succès à Venise que partout ailleurs à cette époque²³ et permit à la République d'attirer les meilleurs cerveaux et les meilleurs artisans dans des domaines aussi variés et stratégiques que l'orfèvrerie, le textile ou l'imprimerie.

Au sein des autres puissances industrielles de l'époque, on tentait également de réduire les importations en accordant des monopoles aux inventeurs ou importateurs de nouvelles techniques. A titre d'exemple, un certain Theses Mutio, gentilhomme italien, reçut en 1551, en France, des privilèges par lettres patentes avec permission de produire, pendant dix ans, toute espèce de verreries à la façon de Venise.²⁴ Ces monopoles permettaient de créer de nouvelles entreprises et, en copiant les technologies étrangères, d'en réduire les importations.

Dès la Renaissance italienne, pourtant, certains esprits défendirent l'idée d'ouverture et de diffusion des savoirs et mirent en question le secret des pratiques professionnelles: ce fut, par exemple, le cas de Vannoccio Biringuccio, dans un ouvrage posthume paru en 1540 intitulé *Pirotechnia*.²⁵ Néanmoins, le système des privilèges royaux se développa de manière importante.

En France, une des premières patentes d'invention fut octroyée à un certain Abel Foullon en 1551.²⁶ Justifiés par des motifs économiques (intérêt pour la société, dépenses du constructeur) plus que par la création elle-même,²⁷ les premiers privilèges français partagent déjà de nombreuses caractéristiques avec le brevet : au 16^{ème} siècle, l'inventeur devait préciser l'utilité sociale de son invention pour recevoir un privilège, même si celle-ci restait le plus souvent très imprécise ; dès le règne d'Henri II (1547-1559), la publication des inventions privilégiées fut imposée ; la nouveauté, l'usage industriel, la durée moyenne de vingt ans, la punition des contrefaçons, etc. constituaient des conditions à l'accord de ces privilèges.²⁸

²² *Parte Venetiana*, 1474, cité par S. Lapointe, *L'histoire des brevets*: article en ligne sur <http://cpi.robic.ca/Cahiers/12-3/LapointeSerge.html> (consulté le 16/05/2016 ; pas de pagination). Mireille Buydens, *op. cit.*, p. 222 remarque que la République avait prévu une sorte de licence obligatoire à son profit, puisqu'elle se reconnaissait le droit de s'approprier et d'utiliser elle-même l'invention pour ses propres besoins.

²³ Mais plusieurs privilèges furent également accordés à Florence : en 1421, par exemple, un certain Brunelleschi reçut un privilège pour un modèle de bateau. Ce privilège fut explicitement accordé afin de récompenser son génie, de l'encourager à créer davantage et pour que l'invention soit divulguée à tous : M. Buydens, *op. cit.*, p. 125.

²⁴ Goujon, *Notice de la ville et du château de St Germain en Laye*, 1829, p. 74 (livre numérique Google).

²⁵ V. Biringuccio, *La Pyrotechnie, ou l'art du feu* (1540), traduit par J. Vincent en 1572, en ligne sur <http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k52139s> (consulté le 16/05/2016).

²⁶ B. Marx, *La propriété industrielle*, Armand Colin, 2005, p. 15.

²⁷ M. Buydens, *op. cit.*, p. 243.

²⁸ A. Beltran, *op. cit.* p. 22.

En Angleterre, le système des privilèges, rendus publics par des lettres patentes, se développa dans un contexte de favoritisme, de corruption et d'escroquerie. Des abus de plus en plus généralisés - le roi n'hésitait pas à accorder à des favoris des privilèges sur des produits communs -²⁹ finirent par soulever l'indignation publique. Dans un pays pourtant dominé par la Common Law, où la jurisprudence jouait dès lors un grand rôle, le Parlement finit par voter une loi écrite en 1624, le *Statute of Monopolies*, afin de limiter les concessions royales. Tous les privilèges, à l'exception de ceux qui portaient sur « toute espèce de fabrication nouvelle dans ce royaume » furent abolis par cette loi, qui assimilait explicitement le brevet à un privilège justifié par une demande publique. Toutes les lettres patentes précédentes furent abrogées, sauf pour les « premiers et véritables inventeurs ».³⁰ En 1734, une description détaillée de l'invention fut exigée.³¹

En France, la monarchie absolue et le développement du mercantilisme dans la seconde moitié du 16^{ème} siècle, sous Louis XIV, donnèrent naissance au *colbertisme*, arsenal de mesures conduisant notamment à accorder des soutiens financiers d'État et à octroyer des privilèges lorsque c'était utile au royaume. L'Académie des Sciences, fondée par Colbert, devint, en 1699, juge officiel des inventions pour lesquelles des privilèges étaient sollicités auprès du roi: elle contrôlait l'utilité et la nouveauté de l'invention et assurait, dans une certaine mesure, la publicité et le dépôt de l'invention, mais son rôle restait consultatif, la décision ultime relevant du roi.

Au 18^{ème} siècle, en France toujours, la perception du privilège, du monopole et des corporations se modifia sous l'influence du credo libéral qui suscita une certaine hostilité vis-à-vis de ces pratiques. C'est dans ce contexte que l'*Encyclopédie* de Diderot et d'Alembert, à l'article *privilège exclusif*, suggérait que les privilèges exclusifs ne portent que sur les objets de luxe et non sur les choses d'absolue nécessité.³² Les gratifications et les primes à la diffusion, de même que

²⁹ Elisabeth 1^{re} accorda de tels privilèges à ses proches. Comme le relate A. Obadia, *op. cit.*, p. 11, le sel, mais aussi l'huile, l'amidon, le vinaigre et le papier firent l'objet de monopoles. Un monopole accordé à un certain Darcy sur l'impression de cartes à jouer donna lieu, à Londres en 1603, à un procès célèbre, *The Case of Monopolies* (1602). Nous reviendrons sur cette affaire dans le chapitre 2.

³⁰ Selon A. Obadia, *op. cit.*, p. 11, « Ce bel effort législatif est cependant vain car la pratique arbitraire et abusive persiste, poussant le Parlement britannique à mettre un terme à ce système dès 1640. Il renaîtra toutefois en 1660 ». Nous reviendrons sur cette loi dans le chapitre 2.

³¹ A. Beltran, *op. cit.*, p. 45-46.

³² F. Savignon, *La révolution française et les brevets d'invention*, in *La propriété industrielle*, Genève, n. 11, novembre 1989, p. 416. L'article *privilège exclusif* de l'*Encyclopédie* peut être consulté aux pages 467-470 de D. Diderot, J. A. Naigeon, *Œuvres de Diderot. Dictionnaire encyclopédique* (livre numérique google), J.L.J. Brière, 1821. En voici trois extraits éloquentes : « Ainsi ce qui dans son origine avait été établi pour de simples vues d'utilité devint un abus. Tout homme qui sans tant de façons et de frais aurait pu gagner sa vie en exerçant partout indifféremment un métier qu'il pouvait apprendre facilement n'eut plus la liberté de le faire (...) » ; « Il serait fort à souhaiter que (...) que tout homme qui a de l'industrie, du génie ou du talent pût en faire librement usage et ne fût pas assujéti à des formalités et des frais qui ne concourent pour rien au bien public » ; « Si un ouvrier essaie, sans être assez instruit, à faire une pièce de toile ou de drap, et qu'il la fasse mal ; outre que le maître en ferait tout autant, il la vendra moins, mais enfin il la vendra ; et il n'aura pas perdu entièrement sa matière et son temps ».

les privilèges simples³³ étaient, à cette époque, préférés aux anciens monopoles. En 1762, suite à la Déclaration royale concernant les privilèges en fait de commerce³⁴ et sous l'effet du Bureau du commerce, le privilège fut limité à 15 ans et soumis à condition: la mise en œuvre de l'invention devait notamment intervenir dans l'année qui suivait l'obtention du privilège. Par la suite, privilèges et monopoles furent fréquemment condamnés et critiqués dans le cadre des débats révolutionnaires. En 1789, la France rompit avec les privilèges féodaux, mais pas avec les « privilèges » d'invention : en 1791, le Décret d'Allarde sur la liberté du commerce et de l'industrie (c'est-à-dire sur la liberté de concurrence) abolit les corporations et leur monopole d'exercice des métiers, mais la loi de 1791 adoptée par l'assemblée révolutionnaire introduisit le brevet d'invention moderne en France.³⁵

L'Amérique anglaise hérita, quant à elle, des principes de la Common Law et des lettres patentes. La concession de droits exclusifs est bien attestée au 17^{ème} siècle dans le Massachusetts; une loi sur les inventions fut par ailleurs établie dès 1672 dans le Connecticut.³⁶ En 1790, le premier statut fédéral sur les brevets (US Patent Act) fut signé par le Président des États-Unis. Le droit accordé relevait davantage du droit exclusif accordé par la société en fonction d'un principe d'utilité que du droit de propriété. Pour Thomas Jefferson, secrétaire d'État et l'un des trois commissaires en charge de l'examen des premières inventions brevetées dans le cadre de ce système, « les inventions ne peuvent être par nature un objet de propriété. La société peut concéder un droit exclusif sur les fruits qui en résultent (...) mais qu'elle concède ou non un tel droit relève de son bon vouloir (...) ».³⁷ L'examen préalable des demandes de brevets devenant lourd pour les trois commissaires, le système fut réformé dès 1793 au profit d'une loi qui ne prévoyait qu'un système d'enregistrement ; l'examen préalable fut à nouveau rétabli en 1836, en même temps que la création du bureau des brevets américain (US Patent Office).³⁸

Les premières lois sur les brevets virent donc le jour aux 17^{ème} et 18^{ème} siècles dans des contextes culturels et juridiques différents.³⁹

³³ Il y avait divers niveaux de protection pour les inventeurs : privilèges exclusifs, simples, gratifications, prix, récompenses, ...

³⁴ Cette Déclaration est accessible sur <http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/btv1b8613676z>. Pour une analyse de cette Déclaration, voir L. Hilaire-Pérez, *L'invention technique au siècle des Lumières*, Albin Michel, 2000, p. 131-133.

³⁵ La loi du 7 janvier 1791 parle de *patentes*, mais son règlement d'exécution du 25 mai 1791 parle de *brevets d'invention*. Comme le souligne G. Galvez-Behar : « Par le monopole qu'il autorise, le brevet contredit la liberté du travail, autre droit fondamental officialisé par le décret d'Allarde en mars 1791. L'État est alors pris entre deux feux : la volonté de promouvoir l'industrie en protégeant l'inventeur va à l'encontre de la lutte contre les privilèges » : G. Galvez-Behar, *L'État et les brevets d'invention (1791-1922) : une relation embarrassée*, 2010, p. 2, article en ligne sur <https://halshs.archives-ouvertes.fr/halshs-00548184/document> (consulté le 16/05/2016).

³⁶ A. Beltran, *op. cit.*, p. 48.

³⁷ T. Jefferson dans une lettre à McPherson, cité par A. Beltran, *op. cit.*, p. 49.

³⁸ Couture M., Dubé M. et Malissard P., *op. cit.*, p. 111.

³⁹ 1624 en Angleterre; 1790 aux États-Unis; 1791 en France.

2) L'émergence du droit d'auteur⁴⁰

En matière de propriété littéraire, c'est également le début de la période moderne qui vit l'émergence de systèmes de monopoles dans les domaines de l'imprimerie et de l'édition des textes autorisés : la première décision royale concernant les privilèges d'impression date de la seconde moitié du 16^{ème} siècle. Des licences donnaient alors le droit exclusif d'imprimer une copie particulière. Les auteurs ne pouvaient publier leur propre ouvrage et, à moins d'obtenir un privilège à leur nom (chose rare avant le début du 17^{ème} siècle), ne pouvaient tirer profit de la vente de leur livre. Au milieu du 16^{ème} siècle, la guilde londonienne des métiers du livre, la *Company of Stationers*, obtint du pouvoir royal un monopole d'impression pour prévenir les hérésies contre la foi: les monopoles, licenciés par l'État sur les textes, les inventions techniques et les moyens de les reproduire, mariaient ainsi les intérêts commerciaux des éditeurs, des imprimeurs et autres entrepreneurs techniques au besoin des États absolutistes de contrôler le savoir qui circulait dans leur royaume. Il en était de même en France, avant la Révolution française. Il n'était pas encore question de « propriété intellectuelle ».

La première loi faisant référence à un droit de l'auteur est anglaise et date de 1709 : le *Statute of Anne*⁴¹ porte le nom de la reine Anne qui souhaitait que les fruits de la Réforme soient diffusés dans le public et qui dut, pour cela, rompre avec le monopole des éditeurs de Londres, catholiques, qui détenaient les privilèges d'impression. De 1557 à 1709, en effet, en période de conflits religieux, les *copyrights* accordés aux éditeurs représentaient un moyen de contrôle de l'imprimerie dans un contexte où la politique de censure autorisait la destruction des livres non conformes aux lois. Mais, comme les privilèges techniques, les privilèges littéraires avaient donné lieu à des abus (privilèges de plus en plus longs, etc.);⁴² ils avaient conduit à une augmentation des prix des livres ; enfin, le consentement de l'auteur n'était pas requis, et son œuvre pouvait se retrouver modifiée ou mutilée. Dès 1694, les libraires de province réclamèrent l'abolition du privilège de la guilde londonienne. Le *Statute of Anne* chercha à limiter les privilèges des éditeurs : il reconnut, au moins nominale, le droit d'un nouveau groupe, celui des auteurs. Dans les faits, cependant, en échange de l'impression, ces derniers devaient toujours céder aux éditeurs le monopole d'impression et de réimpression de leur œuvre accordé pour une période de 14 ans. Or les éditeurs avaient joui jusque-là d'un monopole quasi perpétuel sur les œuvres qu'ils imprimaient, et le *Statute of Anne* reconnaissait au contraire l'existence d'un domaine public pour les œuvres dont les droits arrivent à échéance. La guilde des éditeurs s'engagea dès lors dans une

⁴⁰ Cet historique synthétique doit de nombreuses informations à C. Hesse, *op. cit.*, p. 29-45 ; A. Strowel, *Le droit d'auteur et le copyright entre histoire et nature*, in P. Gérard, F. Ost, M. van de Kerchove, *Images et usages de la nature en droit*, Pub. Des Fac. St Louis, 1993, p. 289-339 ; S. Dussolier, *L'intérêt public et l'accès au savoir dans la genèse et l'évolution de la propriété intellectuelle*, in *Cahiers marxistes*, 232, p. 9-34 ; M. Buydens, *op. cit.*, p. 238-280 ; Couture M., Dubé M. et Malissard P., *op. cit.*, p. 113-118.

⁴¹ Dont le texte est accessible sur <http://archive.org/stream/thestatuteofanne33333gut/33333.txt> (consulté le 16/05/2016).

⁴² Jacques 1^{er} avait par exemple accordé à des favoris des monopoles sur des genres littéraires (hymnes, chansons, ballades, etc. : M. Buydens, *op. cit.*

longue bataille afin de faire réviser le *Statute*. Dans le cadre de cette *battle of the booksellers*, conflit qui aboutit devant les tribunaux, les éditeurs, dissimulant leurs intérêts derrière ceux de l'auteur, arguèrent, en reprenant les arguments de Locke,⁴³ que l'auteur détenait un *copyright* fondé sur le droit naturel, puisque issu de son acte de création,⁴⁴ *copyright* qu'il était présumé céder ensuite à un éditeur au moment de céder son manuscrit. Ce droit de l'auteur fut explicitement justifié par un « principe de justice naturelle » dans une affaire judiciaire,⁴⁵ donnant dans un premier temps raison à la guilde. Mais, rapidement, la conception positiviste commença à prévaloir, comme en témoigne une décision ultérieure célèbre (1774)⁴⁶.

En France, le roi accordait le plus souvent les privilèges aux imprimeurs de Paris; les privilèges étaient par ailleurs fréquemment prolongés. Cette situation suscita des conflits avec les imprimeurs de province. Contre l'idée de privilège conféré par le roi, un certain Louis d'Héricourt, chargé de la défense des libraires de Paris, revendiqua, dans un mémoire de 1723,⁴⁷ la propriété de l'auteur et de ses héritiers sur son œuvre « parce que c'est le fruit du travail qui lui est personnel », et ajoutait, dans un contexte où l'auteur semblait ne pas avoir d'autre choix que de céder ce droit à un éditeur, l'idée que cette propriété ne peut être transférée qu'« avec le consentement de celui à qui elle se trouve appartenir ».⁴⁸ Les auteurs et leurs héritiers reprirent cette idée pour s'opposer au renouvellement des privilèges des libraires en l'absence de leur consentement. Ces idées furent ensuite consacrées par plusieurs décisions royales : le 30 août 1777, un *Arrêt du conseil du roi portant règlement sur la durée des privilèges en librairie*⁴⁹ reconnaissait le privilège comme une grâce fondée en justice qui récompensait le travail de l'auteur et assurait les dépenses du libraire, mais qui ne pouvait être qu'une libéralité accordée pour une durée limitée à l'éditeur, tandis que l'auteur pouvait prétendre à un privilège à perpétuité.⁵⁰

⁴³ La pensée de Locke sera développée dans le chapitre 2.

⁴⁴ Néanmoins, comme le rappelle M. Buydens, « John Locke lui-même insistait sur le fait que le droit exclusif conféré sur le livre ne pouvait porter préjudice à la diffusion des connaissances » : M. Buydens, *Remèdes à la privatisation de l'information*, in *Revue internationale de droit économique*, 2006/4 t. XX, 4, p. 15 de l'article mis en ligne sur cairn.info.

⁴⁵ Affaire *Millar v. Taylor*, 98 E.R. 201 (1769), relatée par A. Strowel, *op. cit.*, p. 307.

⁴⁶ Affaire *Donaldson v. Beckett*, 98 E.R. 252 (1774), relatée par A. Strowel, *op. cit.*, p. 307.

⁴⁷ Ce mémoire est accessible sur http://www.mshparisnord.fr/controverses-PI-XIX/archives/arc_hericourt_1725-26.pdf (consulté le 12/11/2015).

⁴⁸ Cité par A. Strowel, *op. cit.*, p. 292.

⁴⁹ Cet arrêt est accessible sur http://www.mshparisnord.fr/controverses-PI-XIX/archives/arc_arret_1777.pdf (consulté le 12/11/2015). Ainsi, en 1777, le Conseil du Roi fait rentrer dans la famille de Fénelon le privilège pour l'édition de ses œuvres : A. Strowel, *op. cit.*, p. 293. En 1761, parmi d'autres décisions, une décision du roi concernant les petites-filles de Jean de Lafontaine avait déjà annoncé cette évolution : pour une analyse de cette décision, voir http://copy.law.cam.ac.uk/cam/commentary/f_1761/f_1761_com_1852008142946.html (consulté le 12/11/2015).

⁵⁰ Il s'agissait toujours d'un privilège, et non d'un droit.

La vie culturelle au 18^{ème} siècle en Europe s'était en effet radicalement transformée. A cette époque, le commerce de l'imprimerie explosa, et la demande pour la littérature augmenta sous la pression d'une classe moyenne de lecteurs grandissante. Un grand nombre de jeunes aspirèrent à écrire, à vivre de l'écriture et à s'émanciper de leurs mécènes éventuels, poussant à l'abolition des privilèges des libraires. L'idée que l'auteur a droit au partage des bénéfices tirés de son œuvre, l'idée qu'il en est le créateur et l'idée qu'il en a la propriété, celle-ci devant être protégée légalement au même titre que toute autre forme de propriété, gagnèrent progressivement en popularité.

L'influence des Lumières concourut également au renversement des privilèges. L'apparition d'une sphère publique exerçant une activité critique nécessitait le développement de la liberté de presse et la circulation de l'imprimé. L'émergence de cette sphère publique dépendait donc de la législation en matière d'imprimerie. Kant, Diderot, Condorcet, Fichte, par exemple, se prononcèrent tous sur cette question cruciale, bien que de façons très différentes.⁵¹

En 1789, la Révolution abolit tous les privilèges, y compris ceux des libraires. Adeptes du droit de l'auteur et tenants de l'intérêt public amorcèrent un débat appelé à se poursuivre jusqu'à nos jours. Combinant l'analyse lockéenne et l'intérêt de la nation à disposer d'un domaine public, la branche de la propriété intellectuelle à l'origine du droit d'auteur apparut comme une propriété sujette à certaines limitations : les décrets de janvier 1791 et juillet 1791 (relatifs aux théâtres et au droit de représentation et d'exécution des œuvres dramatiques et musicales) consacrèrent une propriété limitée dans le temps (5 ans après la mort de l'auteur pour ses héritiers ou cessionnaires) ; le décret de juillet 1793 relatif à la propriété littéraire et artistique utilise le terme de propriété à l'article 1, mais celle-ci reste limitée dans le temps (10 ans après la mort de l'auteur pour ses héritiers et cessionnaires).⁵²

Aux États-Unis aussi, l'idée que l'auteur possède des droits naturels sur son travail s'est traduite dans plusieurs lois sur le copyright, au sein de plusieurs États et au cœur de plusieurs affaires. Les lois de l'État du New Hampshire et de l'État de Rhode Island (1783), par exemple, évoquent, sur ce point, des « droits naturels appartenant à tous les hommes » et l'idée qu'« aucun bien n'appartient plus à un homme que le fruit de son intelligence ». Quelques années plus tard, le *Copyright Act Federal* du 31 mai 1790 fut essentiellement modelé sur le *Statute of Anne* anglais et soulignait que le progrès des sciences nécessite le droit d'auteur, mais il s'inspirait aussi dans une certaine mesure de l'idée de droits naturels de l'auteur sur son œuvre.

Comme le remarque Alain Strowel,⁵³ si la théorie du droit naturel de propriété est souvent invoquée en France pour légitimer le droit d'auteur et si, en Angleterre et aux États-Unis, c'est davantage sous la forme d'un monopole légal, d'un droit positif qu'est conçu le copyright, les deux systèmes tirent leur origine des mêmes phénomènes: d'une part, d'un mouvement

⁵¹ Les positions de ces philosophes sur cette question seront abordées au chapitre 2.

⁵² Ces décrets sont accessibles sur legifrance.gouv.fr.

⁵³ A. Strowel, *op. cit.*

d'affranchissement, notamment par rapport aux privilèges royaux, sous l'effet du courant des Lumières, et d'autre part des pressions économiques exercées par les éditeurs. Les logiques iusnaturaliste et positiviste ont toutes deux marqué les législations. Il n'existe pas une nature unique du droit d'auteur ou même du droit de propriété intellectuelle en général: plusieurs logiques ont contribué et contribuent à le façonner. Une tension perceptible entre la doctrine des adeptes du droit de l'auteur d'une part et celle des tenants de l'intérêt public perdure d'ailleurs au cœur des concepts modernes inhérents au droit de la propriété intellectuelle.

3) Régimes nationaux de brevets entre le 18^{ème} siècle et le début du 20^{ème} siècle⁵⁴

On a déjà dit un mot du système anglais des brevets. Il influença en partie la législation française (1791), et directement celle des États-Unis (1790). Le droit anglais des brevets connut une vague de contestation entre 1828 et 1835. L'un des aspects de ce débat portait sur l'atteinte à la liberté d'entreprendre occasionnée par le monopole lié au brevet, un débat qui contamina la Suisse et les Pays-Bas, qui renoncèrent un moment aux brevets.

Le modèle allemand influença en partie celui des pays scandinaves, de la Suisse et du Japon. Les différentes entités qui préfigurent l'unité allemande se dotèrent progressivement de lois sur les brevets dès 1815. La loi sur les brevets liée au nouvel Empire allemand date de 1877. Ce système introduisit la notion de *licence obligatoire*. Les brevets allemands avaient une réputation de grande qualité, l'Office national allemand des brevets procédant à des recherches d'antériorité très poussées, y compris à l'étranger. Cet office fut contraint de fermer en 1945; le système allemand des brevets ne retrouva son rang qu'en 1952.

Au Japon, après une période féodale où l'inventivité était découragée, une première loi sur les brevets fut établie en 1871. Une deuxième loi, inspirée des lois américaines et françaises, vit le jour en 1885. Des modifications en 1889 conduisirent le Japon à adhérer à l'*Union de Paris*.⁵⁵ D'autres réformes eurent lieu en 1959, en 1970, etc.

A l'échelle de la planète, on constate que le brevet a suivi le développement. A la fin du 19^{ème} siècle, toutes les nations développées étaient dotées de lois en matière de brevets.

Au 20^{ème} siècle (dès 1919), l'URSS, communiste, établit toutefois des règles à part. Dans la Russie impériale, un régime de privilèges, qui n'accordait en réalité que très peu de privilèges, dominait. En 1812, une première loi sur les brevets fut établie, puis amendée en 1870, avant l'instauration d'une nouvelle loi en 1896. En 1919, le régime nationalisa tous les brevets. En 1924, une loi d'inspiration allemande fut établie. En 1931, le trait caractéristique de la législation soviétique apparut avec les certificats d'auteur ;⁵⁶ trois autres lois furent ajoutées en 1941, 1942 et 1959. Les avantages réservés aux inventeurs (diplômes, avantages pécuniaires) furent étendus aux

⁵⁴ Pour un développement plus approfondi de ce point, voir A. Beltran, *op. cit.*, p. 42-66.

⁵⁵ Convention de Paris pour la protection de la propriété intellectuelle, 1883 : cf. infra.

⁵⁶ Le droit d'exploiter un certificat d'auteur se limitait à l'État.

auteurs de découvertes scientifiques et de perfectionnements techniques non brevetables, la propriété individuelle des inventions n'étant pas reconnue par le régime marxiste. Invention, amélioration technique et proposition de rationalisation (ne nécessitant pas de matériaux ou d'équipements nouveaux) pouvaient être brevetés. Brevets et certificats d'auteurs coexistaient, dans une certaine mesure : en théorie, les deux solutions étaient accessibles au choix ; en pratique, seule la seconde était encouragée.⁵⁷

La protection de la propriété intellectuelle s'est progressivement renforcée dans les pays industrialisés. Parmi les pays en développement, certains ont longtemps maintenu le niveau de protection des anciennes puissances coloniales ; d'autres ont réduit leur niveau de protection ou n'ont longtemps offert aucune protection, soit pour des raisons idéologiques liées au rejet du capitalisme et de la propriété, soit parce que le brevet entravait le processus d'industrialisation.⁵⁸

La protection de la propriété intellectuelle a donc fait l'objet d'approches très diverses à travers le monde, rendant problématiques les dépôts de brevets hors des frontières nationales, et menant progressivement à un redoutable processus d'internationalisation des régimes de protection.

4) Internationalisation des régimes de brevet⁵⁹

Au 19^{ème} siècle, dans la branche des brevets, les législations se modifièrent suite à l'essor technologique et industriel. Les grandes puissances (Autriche-Hongrie, France, États allemands, Grande-Bretagne, États-Unis) délivraient, selon le pays, des brevets d'invention, d'importation, d'introduction (lorsqu'il existait un brevet étranger correspondant) et/ou d'extension (accordé au détenteur du brevet étranger correspondant). Le nombre de brevets s'accrut, mais les moyens pour les examiner ne suffirent rapidement plus. Cette situation donna lieu à de nombreux brevets sans valeur ou sans nouveauté. Certains pays pratiquaient un examen du brevet (pays germaniques et anglo-saxons), d'autres non (France et pays de tradition latine). Les brevets accordés sans examen acquirent mauvaise réputation. Mais dans les pays où l'on tentait de procéder à un examen de chaque brevet, la situation devint rapidement ingérable du fait de l'augmentation des brevets et du manque de moyens. Aux États-Unis, dépassé, le comité chargé de cet examen passa de l'examen de l'utilité et de l'importance de l'invention à un simple examen de forme, trois ans plus tard (1793). Les abus qui en résultèrent poussèrent à rétablir, en 1836, un examen de l'utilité, de la nouveauté et de la description de l'invention. En France, le simple examen de forme conduisait le

⁵⁷ Aucune taxe ne devait être acquittée pour les certificats; par contre des charges très lourdes accompagnaient les brevets.

⁵⁸ Ce n'est qu'après 1979 que la Chine commença à accorder plus d'importance aux droits de propriété intellectuelle. Elle rejoignit l'OMPI en 1980, la Convention de Paris en 1985, le Traité de coopération en matière de brevets en 1994. Elle modifia ses lois sur les brevets en 1992, 2000 (pour aligner son droit des brevets sur l'ADPIC) et 2009.

⁵⁹ Pour davantage de développements sur cette question, voir A. Beltran, *op. cit.*, p. 66-86 ; S. Lapointe, *op. cit.*; A. Obadia, *op. cit.*, p. 15-23.

gouvernement à se délier de toute responsabilité par rapport au brevet accordé.⁶⁰ Par la suite, des améliorations furent apportées aux systèmes des brevets. Des taxes périodiques furent introduites en Autriche (en 1832), avant de gagner la plupart des pays. Ces taxes permettaient d'abandonner les brevets non rentables. Le brevet dut être obligatoirement publié. Une ou plusieurs revendications⁶¹ durent être ajoutées à la description. La discrimination entre inventeurs nationaux et étrangers cessa. Enfin, les brevets accordés aux importateurs de techniques diminuèrent.

De 1860 à 1873, un mouvement libre-échangiste très influent toucha l'Europe. De nombreux économistes revendiquèrent l'abolition des monopoles et des brevets,⁶² à tel point que les Pays-Bas durent abroger leur législation et que la Suisse rejeta deux fois par référendum (en 1866 et 1886) l'adoption d'une loi sur les brevets. Cette crise passée, le brevet retrouva sa place et son aura.⁶³

Vu la difficulté d'obtenir un brevet à l'étranger, l'idée d'un brevet mondial fit son apparition. Les difficultés liées aux différents systèmes de brevets étaient particulièrement manifestes lors des Expositions universelles : dans les pays où la nouveauté absolue était requise pour le dépôt de brevet, les inventions présentées lors des Expositions perdaient la possibilité d'être protégées; par contre, là où seule la nouveauté locale était requise, ces inventions étaient parfois copiées par des « pirates » et brevetées. C'est au cours des Expositions universelles de Vienne (1873) et de Paris (1878) que se tinrent les deux premiers Congrès internationaux sur la propriété industrielle. Une Commission créée à cette occasion rédigea en 1879 un projet de texte à l'origine du texte de la Convention de Paris. Préparée diplomatiquement dès 1880, cette Convention de Paris donna lieu à l'Union de Paris (1883), entra en vigueur en juillet 1884 et fut par la suite révisée plusieurs fois (dernière révision en 1979).

D'autres organismes internationaux ont, depuis cette Convention, visé à uniformiser les procédures d'obtention de brevets; d'autres unions et accords internationaux sur la propriété intellectuelle ont été signés, pour aboutir progressivement à la conception actuelle du brevet. Ainsi, l'OMPI (1967), Organisation mondiale de la propriété intellectuelle,⁶⁴ agence spécialisée des Nations unies, administre de nombreux traités internationaux en matière de protection intellectuelle, dont la Convention de l'Union de Paris (1883), ou encore le Traité de coopération en matière de brevets (PCT) signé en 1970 et entré en vigueur en 1978, etc. Par ailleurs, l'ADPIC

⁶⁰ Des brevets « sans garantie du gouvernement » furent accordés jusqu'en 1968.

⁶¹ Une revendication définit la portée ou les limites des droits exclusifs du titulaire d'un brevet.

⁶² Au 19^{ème} siècle, la propriété intellectuelle fit l'objet de débats et de controverses à travers toute l'Europe. Durant une partie de ce siècle, elle ne fut plus qualifiée de propriété, mais de monopole temporaire, de droit de priorité. Certains contestèrent le bien-fondé des monopoles pour des raisons utilitaristes (les monopoles sont contraires au libre-échange, la propriété intellectuelle fait obstacle aux progrès de la science): parmi ces utilitaristes défavorables à la propriété intellectuelle, sur les traces de Condorcet, on trouve Michel Chevalier, par exemple. Certains, à l'inverse, défendirent la propriété absolue et perpétuelle de l'auteur sur son œuvre (Jobard, Bastiat), tandis que d'autres encore critiquaient la propriété (Louis Blanc, Proudhon) : M. Buydens, *op. cit.*, p. 387-402.

⁶³ En partie sous la pression d'industriels conscients de l'atout que peut représenter un monopole ; en partie également en raison de l'intérêt renouvelé, en période de crise, pour les mesures protectionnistes.

(1995),⁶⁵ Accord sur les droits de propriété liés au commerce élaboré dans le cadre de l'OMC (Organisation mondiale du commerce), impose un niveau d'harmonisation minimal - mais déjà très élevé si on le compare aux normes antérieures de certains pays - destiné à faciliter l'obtention de droits de propriété intellectuelle sur les territoires étrangers. Au niveau européen, le Traité de Rome établit les principes de libre circulation et de concurrence non faussée. La propriété intellectuelle est reconnue, mais ne peut constituer un moyen de discrimination arbitraire ou une restriction déguisée au commerce entre les États membres. Indépendamment de l'Union européenne, il existe en Europe une Convention sur le brevet européen (CBE/Convention de Munich)⁶⁶ de 1973, en vigueur depuis 1978, une Organisation européenne des brevets et un Office européen des brevets (OEB). Au niveau de l'Union européenne, il existe un droit communautaire dérivé constitué de directives et de règlements, une jurisprudence de la Cour de Justice européenne en matière de propriété intellectuelle et un (projet de) brevet européen à effet unitaire entré en vigueur en 2013, mais non encore d'application.⁶⁷ D'autres accords harmonisent par ailleurs les droits de propriété intellectuelle au niveau d'une communauté, d'une région, ou imposent certaines normes dans le cadre de relations bilatérales.⁶⁸

Des pressions politiques et économiques ont ainsi conduit à l'harmonisation progressive des régimes. La diversité des droits nationaux posait trop de problèmes pratiques aux innovateurs, confrontés à des « contrefacteurs » parfaitement dans leurs droits.⁶⁹ La mondialisation n'a fait que renforcer ce besoin d'harmonisation. En effet, comme le remarque Michel Vivant, lorsque les pays émergents prennent le pas sur les pays les plus avancés pour tout ce qui relève de la fabrication, l'innovation reste le seul secteur où les pays occidentaux peuvent conserver le leadership.⁷⁰

⁶⁴ L'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI) est une institution spécialisée des Nations Unies. Sa mission consiste à élaborer un système international équilibré et accessible de propriété intellectuelle qui récompense la créativité, stimule l'innovation et contribue au développement économique tout en préservant l'intérêt général. L'OMPI a été créée en 1967. Ses États membres lui ont donné pour mission de promouvoir la protection de la propriété intellectuelle à travers le monde grâce à la coopération entre États et en collaboration avec d'autres organisations internationales. Voir la liste des traités administrés par l'OMPI sur le site de l'OMPI à la page <http://www.wipo.int/treaties/fr/> (page consultée le 13/11/2015).

⁶⁵ L'Accord sur les droits de propriété intellectuelle touchant au commerce (ADPIC) fut annexé au Traité de Marrakech instituant l'OMC (Organisation mondiale du commerce). Il entra en vigueur en 1995. Par cette procédure, tout État membre de l'OMC a l'obligation de respecter les règles édictées par cet accord. De nombreux pays durent modifier leurs législations afin de se mettre en conformité avec ces règles.

⁶⁶ Bien qu'elle ne soit pas liée à l'Union européenne, cette Convention rassemble depuis janvier 2008 tous les membres de l'Union européenne, ainsi que d'autres États. Cette Convention établit un « droit commun aux États contractants en matière de délivrance de brevets d'invention (article 1). Les brevets délivrés en vertu de la présente convention sont dénommés brevets européens. Dans chacun des États contractants pour lesquels il est délivré, le brevet européen a les mêmes effets et est soumis au même régime qu'un brevet national délivré dans cet État, sauf si la présente convention en dispose autrement. (article 2). La délivrance d'un brevet européen peut être demandée pour un ou plusieurs des États contractants (article 3) ». Le brevet européen créé par cette Convention n'est donc pas un titre unitaire valable dans tous les pays signataires : il s'agit d'un groupe de brevets nationaux indépendants. La Convention permet de faire une demande de brevet unique pour bénéficier de la protection dans un/plusieurs/tous les pays contractants. Le système mis en place offre une procédure de délivrance commune pour tous les pays, alors qu'auparavant il fallait faire une demande de brevet séparée avec une procédure distincte pour chaque pays dans lequel la protection était souhaitée.

2. La notion de propriété intellectuelle : définitions

1) Le droit de propriété intellectuelle contemporain

Les droits de propriété intellectuelle (DPI) sont donc des droits conférés par l'État à un individu ou un organisme pour une création intellectuelle. Ils donnent généralement au créateur un droit exclusif sur l'utilisation de sa création pendant une certaine période.

Parmi ces droits,⁷¹ les droits d'auteur et droits connexes (ou droits voisins)⁷² protègent les œuvres littéraires et artistiques (livres, écrits, compositions musicales, tableaux, sculptures, films, etc.). Ils courent au moins 50 ans après le décès de l'auteur et ont pour objectifs d'encourager et de récompenser la création.

La propriété industrielle recouvre quant à elle deux grands domaines. Certains droits protègent les signes distinctifs (marques de fabrique ou de commerce, noms de domaines,

⁶⁷ Voir *Le brevet unitaire européen* sur le portail d'information sur les questions européennes : <http://www.touteurope.eu/les-politiques-europeennes/marche-interieur/synthese/le-brevet-unitaire-europeen.html> (page consultée le 20/03/2016). Le site de l'Institut national de la propriété intellectuelle explique que « ce titre de propriété industrielle garantit la protection unique d'une invention sur le territoire européen (dans les États faisant partie de la coopération renforcée de l'Union Européenne). (...) Le brevet européen à effet unitaire entrera en vigueur dès que 13 États contractants (dont au moins la France, l'Allemagne et la Grande-Bretagne) auront ratifié l'accord du 19/02/2013. (...) Dans une demande classique de brevet européen, un examen unique est mené par l'Office européen des brevets (OEB) à Munich. A l'issue de la procédure, le demandeur obtient plusieurs brevets "nationaux" : un brevet pour chaque pays désigné (parmi les 38 pays signataires). (...) Le brevet européen à effet unitaire, délivré par l'OEB, respecte les règles de la CBE (convention sur le brevet européen). L'effet unitaire permet d'obtenir, à la demande du titulaire du brevet, un brevet unique qui couvre 26 pays européens de la coopération renforcée (l'Espagne et la Croatie sont en dehors du système pour l'instant). (...) Le brevet unitaire coexistera avec les brevets nationaux et les brevets européens classiques. Le titulaire d'un brevet européen délivré pourra déposer une demande d'effet unitaire auprès de l'OEB. En cas de litige, le titulaire d'un brevet unitaire pourra engager une procédure unique et simplifiée auprès de la juridiction unifiée des brevets (JUB, créée par l'accord international du 19/02/2013 et dont le siège sera à Paris). (...) L'objectif de la JUB est de sécuriser le système juridique et de contribuer à réduire le coût des litiges » : site officiel de l'Institut national de la propriété intellectuelle (France), <http://www.inpi.fr/fr/services-et-prestations/ressources-documentaires/etudes/questionnaire-brevet-unitaire.html> (page consultée le 15/11/2015).

⁶⁸ Celles-ci conduisant à des accords quelquefois qualifiés d'*ADPIC-plus*. Un traité *ADPIC-plus* est un traité qui comporte des clauses de propriété intellectuelle plus strictes que l'Accord ADPIC. En effet, sous le régime des ADPIC, les pays en développement disposent tout de même de flexibilités, certaines mesures étant prévues pour les aider à protéger la santé publique en cas de crise. Ces flexibilités demeurent toutefois sous-utilisées faute de capacités techniques, mais également en raison des pressions extérieures (menaces de représailles). Dans le cadre d'accords bilatéraux, ces pressions sont d'autant plus faciles à exercer. Nous aborderons cette thématique dans le chapitre 4.

⁶⁹ Bernard Remiche parle de *copiage légal*, ce qui correspond au fait de copier une technologie non protégée dans le pays où le copiage a lieu: C. M. Correa et G. Velasquez, *Comment préserver l'accès aux médicaments. Innovation pharmaceutique et santé publique*, l'Harmattan, 2010, p. 11.

⁷⁰ M. Vivant, *Brevet, innovation et intérêt général* (ouvrage collectif), Larcier, 2007, p 22, note 11.

⁷¹ Selon la classification de l'ADPIC.

indications géographiques, appellations d'origine, ...). La durée de ces droits peut être illimitée si le signe garde son caractère distinctif. Les objectifs poursuivis par ces droits de propriété industrielle sont d'assurer la concurrence « loyale » et de protéger les consommateurs. D'autres droits protègent les inventions, les créations techniques: ce sont les brevets et les dessins et modèles industriels. Leurs objectifs sont d'encourager l'innovation et la recherche-développement et de protéger les investissements. Leur durée de protection est déterminée (20 ans généralement pour les brevets).⁷³ Pour les médicaments et produits phytosanitaires, la durée de protection peut être allongée, car les autorisations de mise sur le marché (AMM) sont parfois très longues: des certificats complémentaires de protection peuvent alors être accordés.⁷⁴

D'autres dispositions existent encore, comme la protection des topographies de produits semi-conducteurs⁷⁵ ou certains droits *sui generis*:⁷⁶ droits *sui generis* sur les bases de données,⁷⁷ projets relatifs à la protection des savoirs traditionnels dont nous traiterons en profondeur dans le chapitre 4, lois relatives à la protection des obtentions végétales, le plus souvent via des certificats d'obtention végétale (COV), sur lesquels nous reviendrons également de façon approfondie dans ce même chapitre.

⁷² « On distingue : la catégorie des personnes ayant participé à la création de l'œuvre : ils sont titulaires de droits d'auteur ; et la catégorie des personnes ayant participé à la diffusion de l'œuvre : ils sont titulaires de droits voisins » Ces derniers désignent « l'ensemble des droits ou avantages qui appartiennent à une catégorie de personnes qui, de par leurs prestations participent à la diffusion d'une œuvre. Ils sont donc des auxiliaires de la création. On distingue trois catégories de bénéficiaires de droits voisins. Il s'agit des artistes interprètes ou exécutants : ils disposent de droits sur leurs interprétations ou exécutions ; des producteurs de phonogrammes : ils disposent de droits sur leurs phonogrammes (supports contenant des œuvres sonores) ; et des organismes de radiodiffusion : ils disposent de droits sur leurs émissions » : Organisation internationale de la francophonie, *Droits d'auteur et droits voisins. Guide pratique*, p. 12 et p. 26, document accessible sur le site de l'OMPI à la page <http://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/fr/bf/bf026fr.pdf> (page consultée le 13/11/2015).

⁷³ Les droits d'auteurs naissent généralement sans formalité, tandis que la propriété industrielle nécessite des démarches et des procédures.

⁷⁴ Il s'agit, dans les pays de l'Union européenne, d'un titre spécial qui prolonge les droits et obligations du propriétaire d'un brevet pharmaceutique ou phytopharmaceutique en raison de la durée particulièrement longue nécessaire à l'obtention de l'autorisation de mise sur le marché.

⁷⁵ Pour une définition des termes et une vue synthétique de la protection existant en la matière, voir par exemple http://europa.eu/legislation_summaries/internal_market/businesses/intellectual_property/l26025_fr.htm (page consultée le 13/11/2015).

⁷⁶ Étymologiquement : « de son propre genre ».

⁷⁷ Les bases de données sont protégées en Europe depuis la Directive 96/9/CE. Elles le sont d'une part en tant qu'œuvres de l'esprit par le droit d'auteur (celui-ci protège la structure de la base de données si elle est originale) ; elles le sont d'autre part en tant que biens informationnels par un droit *sui generis*, qui protège leur contenu, c'est-à-dire l'ensemble des données qu'elles contiennent, même à défaut d'originalité de celles-ci, l'objectif étant de protéger les investissements réalisés et d'empêcher la reprise des bases de données par des concurrents.

Les dispositions légales en matière de secrets d'affaires ou encore de lutte contre la concurrence déloyale, bien qu'évoluant en partie dans d'autres univers juridiques, entretiennent également un lien avec le domaine de la propriété intellectuelle.

Le rattachement des droits de propriété intellectuelle au droit de propriété est controversé. L'expression « droits intellectuels », qui écarte cette référence au droit de propriété, conviendrait davantage, mais l'expression « propriété intellectuelle » est aujourd'hui consacrée au niveau international. Ce choix est fort instructif quant aux valeurs, intérêts et rapports de force attachés à cette notion : nous ne manquerons pas d'y revenir dans le chapitre 2.

De façon générale, le droit de propriété intellectuelle est admis comme une exception au principe de liberté du commerce, dans la mesure toutefois où il n'engendre pas de pratiques « abusives », par exemple des ententes illicites.

2) Le brevet contemporain

Dans le cadre de cette étude, c'est le brevet qui nous intéressera surtout.⁷⁸ Défini quelquefois comme un droit de propriété ayant pour objet l'invention, d'autres fois comme un monopole d'exploitation d'une invention dont les conditions sont fixées par la loi (selon la position défendue par les juristes sur la question du rattachement du droit de propriété intellectuelle au droit de propriété), le brevet concerne (en principe) les inventions, et non les découvertes.⁷⁹

Toutes les inventions ne sont toutefois pas brevetables: il existe des exceptions à la « brevetabilité ».⁸⁰ Les inventions brevetables doivent répondre à trois critères :⁸¹ la nouveauté⁸² (l'invention ne peut être comprise dans l'état de la technique), l'activité inventive (l'invention ne peut découler de manière évidente de l'état de la technique pour un homme de métier) et

⁷⁸ Nous traiterons également des certificats d'obtention végétale et de la protection des savoirs traditionnels dans l'étude de cas consacrée à l'appropriation de la biodiversité agricole menée au chapitre 4 : nous expliciterons et développerons ces notions dans ce dernier chapitre.

⁷⁹ Ni l'ADPIC, ni l'OMPI ne fournissent de définition, et par conséquent de définition qui fasse l'unanimité au niveau mondial, de la notion d'invention. En droit américain, la distinction entre découverte et invention est d'ailleurs relativement inopérante puisque, selon ce droit (sec. 101, Titre 35, USC), « any discovery which is new and useful » (toute découverte nouvelle et utile) peut être brevetée. Une décision de justice a même affirmé qu'est potentiellement brevetable « tout ce qui est fait par l'homme sous le soleil » : Cour suprême USA, 447 US. 303, 206 USPQ 193 (1980), cité par M. Vivant, *op. cit.*, p. 26. Le droit français n'est pas en reste puisqu'un jugement de 1974 affirme qu'« un phénomène naturel dont on a pu trouver une application pratique peut faire l'objet d'un brevet valable pour cette application pratique » : TGI Paris 21 décembre 1974 : PIBD 1975, 152, III, 274, cité par M. Vivant, *Ibidem*, p. 39.

⁸⁰ Par exemple, pour l'ADPIC, les inventions contraires aux bonnes mœurs ou à l'ordre public, notamment.

⁸¹ Rappelés dans l'ADPIC.

⁸² La nouveauté consiste en l'absence de tout précédent. C'est à l'examinateur ou à l'opposant de citer des précédents (en alléguant l'antériorité, la divulgation ou la demande de dépôt d'un brevet similaire par un tiers).

l'application industrielle.⁸³ Ces critères se sont révélés particulièrement extensibles ces dernières décennies, au point que l'on a soutenu que de nombreux brevets seraient à la limite des critères de brevetabilité et même, dans un certain nombre de cas, bien au-delà.

Un brevet confère à son détenteur le monopole d'exploitation de son invention (un produit, un procédé, une application, une combinaison nouvelle de moyens connus), sur le territoire sur lequel la demande a été effectuée, généralement pour une durée de 20 ans: il interdit aux tiers de produire, d'utiliser ou de vendre le produit ou le procédé breveté. En échange, l'invention doit être divulguée au public de façon détaillée de manière à pouvoir reproduire l'invention,⁸⁴ ce qui est censé comporter un intérêt pour la société non seulement lorsque le brevet arrive à son terme, mais également dans l'immédiat: celui-ci peut avoir un rôle documentaire, de même qu'un intérêt pour la recherche pure en vertu de l'exemption de recherche, lorsque celle-ci est prévue par le droit.⁸⁵

Le détenteur d'un brevet peut accorder des licences d'exploitation,⁸⁶ exclusives ou non, contre le paiement de redevances, ou encore vendre son brevet. Lorsque des intérêts fondamentaux de la société sont en jeu, des licences d'office ou des licences obligatoires peuvent être accordées.⁸⁷

Un brevet n'est maintenu que moyennant le paiement de taxes annuelles. Il peut être poursuivi pour nullité pour différentes raisons.

Il existe des pays à examen,⁸⁸ alors que d'autres pratiquent seulement un examen formel: ce sont les pays à enregistrement.⁸⁹ Les régimes de brevets comportent de nombreuses différences: ainsi, en Europe, le brevet est accordé à celui qui en a fait la demande le premier (*first to file*) ; aux États-Unis, c'était à celui qui avait innové le premier (*first to invent*), mais en 2011, les États-

⁸³ En droit américain (sec. 101, Titre 35, USC), le critère d'utilité remplace le critère d'application industrielle : « Celui qui invente ou découvre un procédé, une machine, un produit industriel ou une composition de matière nouvelle et utile, ou toute amélioration nouvelle et utile de ceux-ci, peut obtenir un brevet ». Mais l'ADPIC, article 27, par. 1, établit une équivalence entre les conditions européennes et américaines de brevetabilité.

⁸⁴ Le brevet comporte une description (problème technique auquel répond l'invention, état de la technique, description de l'invention, exemples non limitatifs des formes possibles de réalisation de l'invention avec dessins si nécessaires, avantages techniques et économiques) et des revendications (elles définissent strictement l'objet, l'étendue, les limites techniques du monopole; la description et les dessins éventuels aident à son interprétation). En pratique, nous verrons que la description ne permet pas toujours la reproduction du processus ou du produit breveté, même pour un homme de métier, et que certaines revendications se révèlent excessivement larges.

⁸⁵ Cette exemption permet en effet, en principe, la recherche indépendante de toute visée commerciale sur un objet protégé. Certains pays en ont cependant une interprétation très restrictive. L'article 30 de l'ADPIC admet des exceptions aux droits exclusifs du titulaire d'un brevet à la condition qu'elles soient limitées, ne portent aucun préjudice aux intérêts légitimes du détenteur du droit ou n'entrent pas en conflit avec l'exploitation normale du brevet. Cela peut toutefois inclure la recherche sur la technologie brevetée.

⁸⁶ Ces licences peuvent couvrir la fabrication ou encore la fabrication et la commercialisation du produit breveté.

Unis ont réformé leur système de brevets, alignant l'antériorité sur le droit européen : l'antériorité est désormais donnée au premier déposant (et plus exactement au *first-inventor-to-file*).⁹⁰

Les bénéfices que le détenteur du brevet retire de ce système proviennent, en principe, de son monopole d'exploitation, des redevances perçues sur les licences d'exploitation qu'il peut accorder, de la vente de son brevet, des accords de recherche qu'il peut conclure ou encore des rapprochements entre entreprises qui peuvent être effectués sur base de ce brevet.

Le public est, lui aussi, censé tirer avantage de ce système, puisque la science et la technologie se développent, que l'économie est stimulée, que les inventions sont divulguées relativement rapidement et qu'elles finissent par tomber dans le domaine public, généralement au bout de vingt ans.

Néanmoins, certains constatent que « la tentation de récupérer les monopoles de propriété intellectuelle pour se construire une position dominante ou un marché captif source de hauts profits est constante », ⁹¹ même s'il existe des règlements en la matière. Brevets d'intimidation, politique de portefeuilles de barrage, brevets-leurres, pools de brevets, politique du nombre ou « hachis de brevets » (succession de brevets pour perfectionnements progressifs par une même entreprise), le brevet, « projection d'une volonté de puissance », peut être vu comme une arme psychologique, tactique et stratégique.⁹²

Les revenus tirés des licences se comptent aujourd'hui, pour certains pays, en dizaines de milliards de dollars par an : le brevet est devenu un instrument majeur des économies développées contemporaines, ce qui, pour certains, contribue amplement à le justifier. Pourtant, dans un certain

⁸⁷ L'article 31 de l'ADPIC prévoit que les États ne pourront octroyer une licence obligatoire que lorsque les efforts afin d'obtenir une licence selon des modalités commerciales raisonnables auront échoué. Font exception les cas d'urgence nationale ou d'autres urgences extrêmes, ou les cas d'utilisation publique à des fins non commerciales. La licence doit être non exclusive, de durée et de portée limitées et desservir principalement le marché intérieur. Le détenteur doit par ailleurs recevoir une compensation équitable. Sur le plan politique, la concession de licences obligatoires est souhaitable pour contrôler des prix élevés comme ceux de certains médicaments, pour contrer les comportements anticoncurrentiels, pour assurer qu'un marché est approvisionné suffisamment, pour garantir l'exploitation d'un brevet, pour parer à une urgence, pour aborder des questions relatives à des brevets dépendants et pour établir une recherche ou des bases industrielles. En pratique, dans le domaine des sciences de la vie, le recours à ce type de licence serait relativement rare en raison d'un certain nombre d'obstacles (administratifs, politiques, etc.).

⁸⁸ Par exemple, le système européen des brevets.

⁸⁹ Par exemple, la Belgique : voir le site du SPF Economie, http://economie.fgov.be/fr/entreprises/propriete_intellectuelle/Brevets/brevet_belge/ (page consultée le 15/11/2015).

⁹⁰ Ce changement est entré en vigueur le 16 mars 2013.

⁹¹ Wagret F. et Wagret J.-M., *Brevets et inventions : propriété industrielle*, Édition PUF, Collection Que sais-je?, Paris, 2000, p. 49.

⁹² Wagret F., *op. cit.*, p. 125. Notons que cet auteur n'est pas un détracteur des brevets, mais un juriste conseil en propriété intellectuelle. Il ne déplore en rien la situation qu'il décrit par ces mots, mais appelle au contraire au renforcement des politiques de propriété intellectuelle.

nombre de cas, croissants dans le domaine des innovations liées aux sciences de la vie en particulier, les pratiques en matière de propriété intellectuelle sont accusées de favoriser les intérêts des détenteurs de brevets au détriment des intérêts de la société.

3. L'émergence des brevets biotechnologiques

Le rôle des brevets dans la construction et la consolidation du secteur des industries des sciences de la vie est clairement établi. Nous reprendrons ci-dessous une partie des analyses de Graham Dutfield⁹³ et de Marc-André Gagnon,⁹⁴ qui ont tous deux consacré une thèse et plusieurs écrits à cette question, afin de montrer le rôle déterminant joué par plusieurs États technologiquement à la pointe et certaines de leurs industries dans l'extension du droit des brevets jusqu'à l'émergence des brevets biotechnologiques.

A l'origine des différentes industries des sciences de la vie se trouve l'industrie des colorants synthétiques. Celle-ci naquit à la fin du 19^{ème} siècle dans plusieurs pays d'Europe de l'Ouest, et particulièrement en Allemagne (Bayer, BASF, ...), suite aux avancées de la chimie organique. Les premiers laboratoires de recherche industriels apparurent à cette époque et entreprirent de synthétiser des milliers d'agents chimiques naturels. Un grand nombre de ces industries chimiques utilisaient le système des brevets. C'était le cas des industries allemandes. La Suisse, par contre, n'instaura un régime de brevets que lorsqu'elle devint exportatrice majeure de colorants synthétiques.

Les industries de ces pays pesèrent sur l'évolution des droits nationaux et internationaux en matière de propriété intellectuelle, et ceux-ci contribuèrent à l'acquisition et au maintien de la position que connaissent aujourd'hui les entreprises qui en sont issues. L'analyse des situations juridiques et économiques des pays florissants de cette époque montre que les États dont le droit des brevets fut élaboré en tenant compte des intérêts de leurs industries nationales ont connu, dans les secteurs des sciences de la vie, un essor plus rapide que les autres: c'est le cas de l'Allemagne et de la Suisse. La France et la Grande-Bretagne, qui n'avaient, à l'époque, pas de politique stratégique en matière de brevets, n'ont percé, dans le secteur pharmaceutique, que plus tard.

Certaines des plus importantes corporations des sciences de la vie qui dominent actuellement l'économie dans les secteurs chimique, pharmaceutique et agricole sont les héritières de ces entreprises européennes de colorants synthétiques. La synthèse et l'analyse chimiques ont en effet permis de mêler les apports de l'industrie du colorant synthétique et de la microbiologie, contribuant fortement à l'industrie pharmaceutique moderne. Dans sa version moderne, cette

⁹³ G. Dutfield, *Intellectual Property Rights and the Life Science Industries. A Twentieth Century History*, Ashgate, 2003, 258 p. G. Dutfield est professeur à l'Université de Leeds (Royaume-Uni).

⁹⁴ M-A Gagnon, *Les droits de propriété intellectuelle sont-ils un écueil pour la modernité industrielle ? Le cas des brevets dans l'industrie pharmaceutique*, article en ligne sur http://seminaire.samizdat.net/IMG/pdf/Gagnon_pour_Capitalisme_Cognitif.pdf. M-A Gagnon est professeur associé à la Carleton University (Canada).

industrie fut inventée en Allemagne à la fin du 19^{ème} siècle. Elle résulte en partie de l'application de la chimie de synthèse à la découverte de médicaments. Bayer fut la première entreprise pharmaceutique « moderne » à concevoir, développer, tester et vendre des produits pharmaceutiques. A l'aube de la Première Guerre mondiale, Bayer et d'autres entreprises allemandes avaient développé un certain nombre de produits pharmaceutiques issus d'une recherche interne, universitaire et hospitalière.⁹⁵

Graham Dutfield a soutenu la thèse selon laquelle l'orientation très marquée de la recherche pharmaceutique vers la chimie de synthèse à cette époque est due, dans une certaine mesure, à l'évolution du droit des brevets. De 1888 à 1890, en effet, plusieurs décisions de justice étendirent, en Allemagne, la protection des brevets au domaine de la chimie et exclurent les innovations pharmaceutiques des objets brevetables, à l'exception des substances médicales synthétisées chimiquement. Selon G. Dutfield, ces dispositions, associées à d'autres facteurs, auraient encouragé les industries de colorant allemandes et suisses à muer en industries pharmaceutiques et à développer des produits synthétiques plutôt que naturels.⁹⁶

Marc-André Gagnon a montré quant à lui que les cartels et les brevets ont joué un rôle central dans l'émergence et la consolidation de l'industrie pharmaceutique dérivée de l'industrie chimique de la teinture.⁹⁷ Plus précisément, en Allemagne, les brevets ont alimenté la dynamique de cartellisation⁹⁸ et de consolidation de cette industrie, suite aux menaces de poursuites juridiques

⁹⁵ Pour un historique plus détaillé, outre G. Dutfield, *op. cit.* et M.-A. Gagnon, *op. cit.*, voir B. Bensaude-Vincent, I. Stengers, *Histoire de la chimie*, Paris, La Découverte, et P. Berche *Une histoire des microbes*, John Libbey Eurotext, 2007.

⁹⁶ M.-A. Gagnon, *op. cit.*, p. 6. D'autres raisons ont probablement joué, comme le fait que l'équipement pouvait aisément servir à la production de médicaments et le fait que les composés pharmaceutiques pouvaient être développés avec des matières premières analogues ou identiques.

⁹⁷ Selon M.-A. Gagnon, *op. cit.*, p. 7-11, avant la Première Guerre mondiale, les firmes chimiques allemandes étaient parvenues à dominer la production mondiale des produits chimiques et pharmaceutiques pour deux raisons essentielles : parce que l'État encourageait les cartels pour mettre fin à la libre concurrence, et parce que les brevets avaient permis aux firmes allemandes, dès 1877, de construire d'importantes barrières à l'entrée pour les différents secteurs industriels.

⁹⁸ M.-A. Gagnon, *op. cit.*, p. 7-11, relate l'histoire des cartels chimiques et pharmaceutiques allemands au début du 20^{ème} siècle : en 1904, les trois plus importantes firmes chimiques allemandes, Bayer, AGFA et BASF forment le cartel Interessengemeinschaft (I.G.). En 1907, Hoescht, la grande firme chimique exclue du cartel, choisit de former sa propre communauté d'intérêts avec deux autres firmes majeures : Cassella et Kalle. En raison de la Première Guerre mondiale, les deux cartels fusionnent en une seule communauté d'intérêts, I.G., en 1916, au pouvoir politique très important. Toutes ces firmes fusionnent en une seule entité en 1925 afin de former le géant doté d'un pouvoir énorme I.G. Farben, au sein de laquelle Bayer reste l'acteur le plus important. En plus d'augmenter les prix et d'instaurer des quotas, I.G. Farben poursuivait des visées politiques afin de prévenir la montée des mouvements de gauche : elle finançait les politiciens de la droite, contribua à l'ascension nationale du parti nazi et subventionna les associations nazies à l'étranger. À noter que la cartellisation des firmes chimiques allemandes a conduit les firmes chimiques d'autres pays à faire de même. Les firmes suisses, après avoir bénéficié de la Première Guerre mondiale et de la fermeture de plusieurs marchés européens aux firmes allemandes, ont constitué une impressionnante capacité de production. La paix revenue, les capacités de production suisse et allemande suralimentaient les marchés. Le cartel allemand invita les firmes suisses Geigy, Sandoz et Ciba à se joindre à lui ; elles refusèrent et formèrent leur propre cartel national : Basel A.G. Toutefois, la concurrence entre les deux cartels étant dommageable, Basel A.G. se joignit à I.G. Farben en 1929, créant le « cartel dual ». Peu après, les producteurs français de

mutuelles massives liées aux brevets et au besoin des firmes innovantes d'accéder constamment aux nouveaux savoirs dans leurs secteurs. Aux États-Unis, par contre, l'État n'a pas encouragé la formation de cartels ; des lois anti-trusts ont même été mises en place dès la fin du 19^{ème} siècle afin d'éviter une trop importante concentration industrielle. Dès lors, ce sont les brevets qui, aux États-Unis, sont devenus, au 20^{ème} siècle, l'instrument principal permettant de freiner la concurrence...⁹⁹ et de recréer des cartels.¹⁰⁰

A l'époque de la Première Guerre mondiale, de nombreux médicaments importants étaient produits uniquement par les industries allemandes.¹⁰¹ Les deux guerres mondiales expliquent ensuite en partie le succès des entreprises pharmaceutiques américaines et britanniques. Dans l'entre-deux guerres, les entreprises américaines commencèrent à obtenir de bons résultats de recherche. Les brevets furent cruciaux pour la formation des cartels pharmaceutiques qui ont dominé cette époque. À la veille de la Deuxième Guerre mondiale, le mouvement de concentration industrielle avait ralenti suite aux politiques favorables à la libre concurrence. Mais en 1942, on dénonçait déjà l'idée que les cartels s'étaient reconstitués par le biais des brevets. C'est surtout à l'époque de la Seconde Guerre mondiale, d'ailleurs, que se développa véritablement la R&D privée américaine. En effet, en raison d'un besoin important en antibiotiques, les fonds gouvernementaux alloués à la recherche médicale augmentèrent considérablement, de même que les collaborations avec les universités, deux facteurs dont

teinture formèrent un syndicat et se joignirent aussi au cartel, devenant le « cartel tripartite ». Le secteur chimique britannique créa son propre cartel en 1926, I.C.I., et se joignit au cartel tripartite en 1932 pour former le « cartel quadripartite », aussi nommé le cartel européen de la teinture. Ce cartel européen du secteur chimique a été actif jusqu'à ce que la Deuxième Guerre mondiale en force la dissolution. À noter que le cartel anglais I.C.I. s'est maintenu par la suite, mais s'est départi de son département pharmaceutique qui devint une entité indépendante, Zeneca, en 1993 (maintenant intégrée au géant pharmaceutique AstraZeneca). Le cartel suisse a été démantelé dans les années 1950 en raison des politiques de concurrence américaines. Les trois firmes qui formaient le cartel ont plus tard fusionné pour devenir le géant pharmaceutique Novartis.

⁹⁹ Dès les années 1880, des firmes comme AT&T, General Electric, Westinghouse, Swan Electric Light Company ont réussi à développer d'importants portfolios de brevets leur procurant un contrôle important dans leur secteur: M.-A. Gagnon, *op. cit.*, p. 14.

¹⁰⁰ Les ententes de cartels étaient désormais négociées et organisées par le biais des brevets et des licences. Des *patent thickets* ou *maquis de brevets* (tentatives d'acquisition de monopoles sur des connaissances spécifiques afin d'amener les concurrents à renoncer à poursuivre des recherches dans certains domaines grâce à des brevets à large portée ou grâce à l'accumulation de brevets à portée restreinte ; dans tous les cas, le concurrent se voit obligé d'obtenir des licences multiples avant même d'entamer ses recherches, ce qui constitue rapidement un frein à la recherche et à l'innovation) formaient des barrières à l'entrée ; des portfolios de brevets permettaient des négociations grâce aux licences croisées (cross-licensing) avec des concurrents (les licences croisées sont une manière d'échanger les savoirs entre firmes en se donnant un accès réciproque au savoir détenu par l'autre ; elles reposent sur la capacité de marchandage de chaque firme et sur l'importance des brevets qu'elles détiennent) ; les licences croisées, ou mises en commun de brevets (pools de brevets) permettaient de créer des cartels informels, d'accroître les prix, de fixer les quotas et de diviser les marchés. Les *pools de brevets* sont vite devenus la manière habituelle de créer des cartels informels dans plusieurs secteurs : M.-A. Gagnon, *op. cit.*, p. 15.

¹⁰¹ Mais en novembre 1918, les brevets détenus par l'Allemagne furent confisqués et vendus. Les 4767 brevets chimiques furent vendus pour seulement 266 dollars à la Chemical Foundation qui représentait le secteur chimique américain, puis donnés en licence à des entreprises. L'industrie américaine en tira un bénéfice certain, mais moins important toutefois que ce qui avait été espéré, beaucoup de ces brevets ne décrivant pas les inventions de manière exhaustive.

l'industrie américaine tira un bénéfice important. L'industrie américaine devint rapidement la plus innovante du monde.

Si l'industrie pharmaceutique américaine fut à l'origine de grandes avancées dans le domaine pharmaceutique, c'est en grande partie grâce à son expertise en matière de recherche sur les produits naturels et en matière de génie chimique (biochimie cellulaire) (et non en chimie de synthèse comme les industries allemandes) qui lui a permis d'accroître de manière considérable la production de produits issus de la fermentation. La question de savoir si l'on pouvait protéger des produits naturels au moyen de brevets ne tarda donc pas à se poser.

Les États-Unis furent pionniers dans le commerce des biotechnologies modernes.¹⁰² Au cours des années 70 et 80, plusieurs centaines d'entreprises de biotechnologie se sont établies aux États-Unis. Beaucoup proviennent d'universités où elles ont été créées par des chercheurs-entrepreneurs. Le rôle pionnier des États-Unis dans ce secteur résulte principalement de la recherche fondamentale importante déjà réalisée dans les universités, les hôpitaux et les centres publics de recherche ;¹⁰³ des fonds importants de capital-risque libérés dès la fin des années 70, en partie à cause de la dérégulation des fonds de pension; des fonds publics croissants dédiés à la recherche biomédicale à partir des années 70 ;¹⁰⁴ des start-up qui, dans les années 70 et au début des années 80, attiraient des capitaux à risques importants ; des entreprises américaines qui ont transformé avec succès les découvertes du secteur public et des universités en produits commerciaux ; et des accords de transfert de technologies entre les organismes publics et les entreprises privées. Par ailleurs, la crise des années 70 et le développement de la concurrence internationale conduisirent le gouvernement américain à relancer la course aux brevets afin de préserver son leadership économique et à promouvoir, au début des années 80, l'extension des droits de brevets aux niveaux national et international.¹⁰⁵ Depuis les années 80, l'Europe et le Japon se sont efforcés de combler leur retard par rapport aux États-Unis. Aux États-Unis, une partie de la recherche privée s'est concentrée, depuis un certain nombre d'années, autour de pôles d'excellence académiques. L'Europe s'est efforcée de prendre la même orientation.

Mais, aujourd'hui, la R&D biotechnologique n'est plus seulement l'affaire de petites entreprises : elle est avant tout celle des corporations des sciences de la vie. La consolidation de

¹⁰² L'expression de *biotechnologie* désigne les technologies qui font appel aux progrès de la biologie moléculaire et de la science de la génomique. Les deux domaines d'applications les plus importants de ces technologies sont la recherche biomédicale (pharmaceutique, diagnostique) et la recherche agricole. La recherche biotechnologique est également à l'origine de produits et de services industriels et environnementaux comme les enzymes industriels ou les diagnostics de pollution.

¹⁰³ Les *clusters* (groupes) de biotechnologie se sont développés autour d'un petit nombre de pôles d'excellence académiques (par exemple Silicon Valley autour des universités de Stanford, Berkeley et Californie San Diego, à Boston autour de Harvard et du MIT, à San Diego autour du Scripps, du Salk Institute, de l'Université Californie San Diego). Ces start-up de biotechnologie soutenues par une recherche académique excellente ont également bénéficié d'une chaîne de financements performante.

¹⁰⁴ De même, les commandes publiques américaines en faveur de la R-D nationale sont plus importantes qu'en Europe.

¹⁰⁵ M.-A. Gagnon, *op. cit.*, p. 20.

ces corporations a débuté au début des années 70. Dans les années 80, la biotechnologie procura de quoi rassembler les différents secteurs dans lesquels sont actives ces corporations. En effet, les entreprises chimiques stagnaient, car les produits qu'elles offraient ne produisaient plus que de faibles bénéfices. Les entreprises pharmaceutiques, quant à elles, redoutaient l'expiration de brevets fortement rémunérateurs et l'absence de nouveaux médicaments pour les remplacer.¹⁰⁶ L'idée de vendre des « packages » surgit. Des conglomérats commencèrent à se former, intégrant les intérêts des entreprises agrochimiques, des semenciers, des producteurs de plantes génétiquement modifiées,¹⁰⁷ de diagnostics animaux et humains et de produits biopharmaceutiques. Aujourd'hui, les corporations « des sciences de la vie » constituent un des secteurs économiques les plus importants.¹⁰⁸

L'émergence des brevets biotechnologiques doit également se comprendre comme un pas dans le sens du développement croissant des droits de propriété intellectuelle en général. Le jugement américain par lequel fut accordé en 1980 un brevet portant sur une bactérie créée par l'homme,¹⁰⁹ qui ouvrit la voie à la brevetabilité « du vivant », est le résultat de l'action de General Electric. C'est en 1972 que General Electric déposa son brevet. A cette époque, sur les millions de brevets américains déposés depuis 1790, seuls 70 protégeaient des mélanges ou des composants incluant des micro-organismes sous des formes non modifiées. A l'époque, la position de l'USPTO (l'office américain des brevets) était de ne pas breveter les micro-organismes. Mais les avocats de General Electric utilisèrent une argumentation logique¹¹⁰ faisant valoir que les scientifiques concevaient désormais la matière vivante en termes de chimie et, à ce titre, que ce type d'innovation pouvait être assimilé à une nouvelle composition de matière, et donc à une œuvre méritant d'être brevetée. Par ailleurs, compte tenu du fait que les organismes vivants ont une capacité d'auto-reproduction, il ne servait à rien de protéger le procédé d'obtention si la

¹⁰⁶ Il s'agit d'un problème récurrent: en 2011 et 2012, par exemple, des brevets d'une dizaine de médicaments parmi les plus vendus devaient expirer, menaçant d'occasionner une perte sèche de dizaines de milliards de dollars pour le secteur. Voir par exemple C. Deluzarche, *Les laboratoires au bord du précipice*, in *Journal du Net*, 29/11/11 : <http://www.journaldunet.com/economie/sante/fin-des-brevets-de-medicaments.shtml> (page consultée le 13/11/2015)

¹⁰⁷ Jusqu'alors, l'histoire des semenciers et des sélectionneurs de nouvelles espèces végétales était relativement distincte de celle des industries du colorant et des industries pharmaceutiques. Ce sont les progrès biotechnologiques et les possibilités de synergies entre les différents secteurs qui ont rassemblé les industries de médicaments, de semences et de produits chimiques en corporations. Jusqu'à ce moment, la propriété intellectuelle dans le domaine de la sélection végétale était reconnue au moyen d'un système alternatif au droit des brevets, le droit d'obtention végétale. Aujourd'hui, l'accord ADPIC en son article 27.3(b) permet la protection des variétés végétales et animales (transgéniques) au moyen de brevet, d'une protection « sui generis » (de conception propre), ou d'une combinaison des deux.

¹⁰⁸ Selon M.-A. Gagnon, l'industrie pharmaceutique mondiale est structurée autour de quelques firmes dominantes, qu'on regroupe sous le nom de Big Pharma. À partir des palmarès des firmes en termes de revenus et de capitalisation, on peut sommairement identifier seize firmes qui constituent Big Pharma et qui contrôlent près des deux-tiers du marché mondial. Ces firmes ne sont pas des concurrentes soumises aux impératifs du marché. Au contraire, elles collaborent systématiquement entre elles grâce à une multitude d'accords de coopération au niveau de la recherche, de la mise en marché des produits et, surtout, par des accords de brevets et de licences sur ces brevets : M.-A. Gagnon, *op. cit.*, p. 22.

¹⁰⁹ Arrêt Chakrabarty de la Cour Suprême: *Supreme Decision in Diamond versus Chakrabarty* (447 U.S. 303 (1980)). Chakrabarty était employé par General Electric.

protection du procédé ne s'étendait pas à la matière vivante elle-même, en l'occurrence la bactérie.

Ce n'était pas l'appât de gain financier autour de ce brevet en particulier qui poussa General Electric à initier cette action, mais le projet général de supprimer les barrières au brevetage des micro-organismes. General Electric s'attira donc le soutien d'acteurs favorables aux brevets, comme Genentech, la Pharmaceuticals Manufacturers Association et l'American Patent Law Association. C'est, de manière stratégique, la défense de l'intérêt public (l'idée que les brevets, contrairement au secret commercial, permettaient une plus grande prise en compte de l'intérêt national en encourageant l'innovation et la compétitivité du pays), et non la revendication d'une récompense pour un travail innovant qui forma le cœur de leur argumentation. Le jugement final constitua une victoire tactique majeure pour l'industrie. Cette évolution juridique fondamentale s'est ainsi concrétisée par l'intermédiaire des cours de justice, bien plus rapidement que s'il avait fallu passer par la voie politique (où, selon toute vraisemblance, des considérations de morale n'auraient pas manqué de freiner le processus). Par la suite, un brevet fut accordé par l'USPTO selon les termes duquel les organismes multicellulaires non naturels étaient désormais potentiellement brevetables, l'USPTO annonçant ensuite qu'il considérerait à l'avenir les demandes de brevets concernant « des organismes vivants multicellulaires non humains apparaissant non naturellement ». Les premiers brevets sur animaux, les inventions biotechnologiques et les matériaux génétiques furent ensuite accordés.¹¹¹

Les États-Unis jouèrent donc un rôle déterminant dans l'extension du droit des brevets. Au sein de la Communauté européenne, cette évolution vers la brevetabilité du vivant fut très controversée, mais finit par se produire également avec la Directive européenne 98/44/CE relative à la protection juridique des inventions biotechnologique.

4. Quelques sources de débats et de controverses

De l'avis d'un grand nombre de critiques, parmi lesquels des spécialistes du droit de la propriété intellectuelle,¹¹² la légitimité d'un certain nombre de droits de propriété intellectuelle

¹¹⁰ Que l'on peut qualifier de réductionniste. Comme le montrent F. Thomas et V. Boisvert, *Le pouvoir de la biodiversité. Néolibéralisme de la nature dans les pays émergents*, Ed. Quae et IRD Ed., 2015, p. 164-165, les régimes de propriété intellectuelle se sont construits sur une vision ontologique du gène comme composé chimique (cette réduction du biologique au chimique était stratégique puisque les produits chimiques étaient déjà brevetables), sur l'idée selon laquelle les organismes ont été considérés comme des créations humaines et sur l'identification abusive du gène à une fonction.

¹¹¹ A l'origine du foisonnement actuel de brevets biotechnologiques se trouvent quelques brevets célèbres : 1980 : arrêt Chakrabarty ; 1982 : brevet du gène de l'hormone de croissance humaine (incluant le procédé de production de l'hormone par génie génétique) ; 1984 : brevet sur le gène de l'insuline humaine ; 1985 : brevet sur une variété de maïs riche en tryptophane ; 1987 : brevet sur une huître polyploïde ; 1988 : brevet sur la souris à oncogènes inventée par l'Université de Harvard, etc.

¹¹² Par exemple M. Vivant ou encore M. Buydens, *op. cit.*, p. 408-421.

serait discutable.¹¹³ Ainsi, de nombreux brevets seraient à la limite,¹¹⁴ voire en dehors des critères de brevetabilité.¹¹⁵ Beaucoup ne seraient pas d'une qualité optimale.¹¹⁶ La description de l'invention protégée, publiée, ne permettrait pas toujours la reproduction du processus ou du produit breveté, même pour un homme de métier. De nombreuses revendications seraient excessivement larges. Les redevances de licences seraient inaccessibles pour un certain nombre d'acteurs de la recherche, incapables également d'assurer les coûts de dépôt de brevet, la surveillance des infractions, les nombreux litiges. Le recours aux licences obligatoires serait rendu malaisé en raison d'obstacles politiques et administratifs. Les normes de protection de la propriété intellectuelle imposées par l'ADPIC, fort élevées si on les compare aux normes antérieures de

¹¹³ Il semble exister un certain consensus sur ce point, puisque même Wikipédia en fait état : « On peut notamment citer : la critique des marques (l'ouvrage le plus célèbre à cet égard est *No Logo* de Naomi Klein) ; la critique de l'utilité et de l'efficacité de la propriété intellectuelle, et particulièrement des brevets (...); la contestation de la légitimité des brevets dans certains domaines, tels que (...) le vivant ou les molécules de médicaments (...); la critique du droit d'auteur, entre autres de sa durée et des limites qu'il impose au partage ; la critique du droit d'auteur sur les logiciels, émanant notamment des grosses sociétés informatiques ; (...) la multiplication du nombre de procès liés à des questions de propriété intellectuelle, notamment aux États-Unis et en Europe, qui est un indice d'insécurité juridique à cet égard. (...) La propriété intellectuelle est nécessairement vouée à être régulièrement remise en cause et remaniée dans des directions différentes selon les époques sachant que, par définition, elle est censée être un ensemble de solutions de compromis. (...) De tels compromis ne peuvent pas être définis de manière objective et universelle. Le contenu, le périmètre et les modalités d'application de la propriété intellectuelle ne peuvent donc être déterminés que par des choix politiques » : Wikipedia, *propriété intellectuelle* (page consultée le 15/11/2015).

¹¹⁴ Michel Vivant, *op. cit.*, 28-49, par exemple, estime que le droit doit étudier et tenir compte des accusations selon lesquelles, dans certains cas, le brevet ne serait plus la récompense pour une invention qu'il devrait être, n'inciterait plus à la divulgation, n'inciterait plus à l'investissement et par là au développement (dans les pays très pauvres où l'investissement est impossible, le brevet semble en effet avoir peu de sens, du moins si l'on se place du point de vue de l'intérêt de ces pays), en d'autres termes, ne remplirait plus les fonctions qui devraient être les siennes. Selon lui, la délivrance des brevets se ferait en effet trop fréquemment en amont de l'application, cette dernière étant souvent seulement extrapolée, ce qui permet à l'entreprise de signifier aux autres que le champ d'investigation est « réservé » : dans un tel cas, le brevet ne joue effectivement plus son rôle de récompense ou de rémunération.

¹¹⁵ Selon Séverine Dussolier, par exemple, « en droit des brevets (...) l'expansion des biotechnologies a logiquement conduit à un affaiblissement du critère de brevetabilité pour englober le vivant, donc la nature, dans le champ de l'intervention humaine requise pour caractériser l'invention. Il a suffi d'imaginer le concept d'isolation, sorte de tour de passe-passe permettant d'éviter la qualification de simple découverte (...). L'isolation d'un élément naturel et biologique suffit à le rendre brevetable, isolation qui conduit à extraire l'élément de son milieu naturel ou à le produire par un procédé technique » : S. Dussolier, *Le domaine public garant de l'intérêt public en propriété intellectuelle*, in *L'intérêt général et l'accès à l'information en propriété intellectuelle*, Bruylant, Bruxelles, 2008, p. 7 de l'article numérisé sur le site du CRIDS. Concernant l'un de ces critères, pour M. Vivant, il convient d'être parfaitement clair : « il faut très radicalement refuser de s'attacher au critère de l'utile tel qu'on le retrouve en droit américain, qui, en vérité, est tout sauf un critère », ou alors « un critère flou et dangereux » : M. Vivant, cité par B. Remiche, *Brevet, innovation et intérêt général*, Larcier, 2006, p. 288.

¹¹⁶ D'après le Centre d'analyse stratégique français, note de veille n° 81 du 12/11/2007 par Rémi Lallement, p. 4 : « Toutefois, face à la forte croissance des demandes de brevets, le maintien des exigences de qualité à l'OEB aurait dû impliquer une nette diminution du taux de délivrance des brevets, ce qui n'a pas été le cas. Une enquête menée par l'OCDE auprès de grandes firmes en 2003 a montré qu'au vu de leur propre expérience, les répondants ont estimé globalement qu'il était plus facile d'obtenir des brevets que dix ans auparavant et ce, tant à l'OEB qu'à l'USPTO. D'autres signes semblent témoigner d'une perte de qualité des brevets délivrés en Europe et, de façon liée, de comportements relevant du « brevetage stratégique ». L'un concerne le nombre de revendications formulées dans les brevets, qui peut être considéré à la fois comme un

certaines pays, seraient dans certains cas inadéquates par rapport à leur niveau de développement économique. Les brevets portant sur les innovations cumulatives ou complémentaires provoqueraient des freins à l'innovation. Le nombre excessif de brevets portant sur une même invention générerait des effets anticoncurrentiels injustifiés. Les brevets défensifs rendraient nécessaires des contournements technologiques et bloqueraient même des solutions alternatives. Certaines stratégies industrielles conduiraient à retarder l'introduction de médicaments génériques (moins chers) pour prolonger le plus possible la période d'exclusivité des produits protégés sur le marché.¹¹⁷ La question de l'accès à certains médicaments essentiels, celle des savoirs traditionnels qui échappent à la propriété intellectuelle, celle du domaine public qui tend à s'amenuiser, la concentration de certains secteurs industriels, la consolidation de la propriété intellectuelle liée aux biotechnologies aux mains d'un petit nombre de grosses entreprises et le rôle des brevets dans l'orientation des recherches, y compris dans le secteur public et académique, susciteraient des inquiétudes croissantes. Au sein des bureaux de brevets, une surcharge de travail, l'absence de familiarité avec des technologies nouvelles et les recherches d'antériorité défectueuses que cette situation occasionne,¹¹⁸ une rémunération perçue, dans certains cas, en fonction du nombre de brevets acceptés et une subordination de ces organismes aux intérêts des innovateurs seraient à l'origine d'un problème de qualité dans la délivrance des brevets.¹¹⁹ Aucune étude macroéconomique n'aurait par ailleurs vraiment démontré l'efficacité générale du brevet sur l'innovation (même si certaines innovations sont bel et bien induites par la propriété intellectuelle)

indicateur de leur degré de complexité et comme un facteur déterminant la charge de travail de l'office de brevet considéré. En effet, comme les examinateurs de brevets doivent évaluer ceux-là en particulier au regard des dites revendications, un grand nombre de revendications tend à alourdir leur charge de travail et à allonger les délais de traitement des demandes de brevet. Or les études menées à ce sujet montrent que la complexité des demandes de brevet s'est accrue et qu'en leur sein, la part relative des revendications douteuses tend à s'accroître. Ainsi, depuis 1980, non seulement le nombre de dépôts de brevets a été multiplié par neuf à l'OEB mais aussi le nombre moyen de revendications par brevet y a doublé (...) En Allemagne, un récent rapport publié par le Conseil scientifique du ministère fédéral de l'Économie et de la Technologie est parvenu à un constat similaire ».

¹¹⁷ Selon l'ouvrage *Études de l'OCDE sur les politiques de santé. Optimiser les dépenses de santé*, OCDE, OCDE Publishing, 2010, p. 196, la Commission européenne a recensé un certain nombre de stratégies plus ou moins légitimes ayant eu lieu entre 2000 et 2007 pour retarder la mise en vente des génériques: « notamment le dépôt stratégique de brevets (la multiplication de brevets successifs pour un même produit afin d'accroître l'incertitude quant à l'expiration du brevet); le développement indu des actions en contentieux sur des brevets; et des ententes avec les fabricants de génériques pour limiter ou retarder l'entrée des génériques sur le marché ».

¹¹⁸ La technique étant toujours plus complexe, le système des brevets est condamné à ne pas être performant. Certaines rédactions de brevets comportent plusieurs milliers de pages et sont proprement illisibles : M. Vivant, *op. cit.*, p. 33-34.

¹¹⁹ Cette analyse est confirmée par Encouaca D., *Le système des brevets : idées reçues et critiques*, in *Problèmes économiques*, nov. 2012, p. 7. Selon cet auteur, dans certaines institutions, la charge de la preuve pour justifier un refus repose exclusivement sur l'examineur. Par ailleurs, certains bureaux de brevets utiliseraient l'argument dit « de l'ignorance rationnelle », conduisant à ne pas procéder systématiquement à une vérification approfondie de l'état de l'art, sous prétexte qu'un brevet indûment accordé peut toujours être par la suite contesté par un tiers auprès d'un tribunal. Ce qui, souligne l'auteur, constitue un argument fallacieux, car la contestation est souvent difficile, à tel point que les parties trouvent fréquemment plus profitable de régler leur différend par un règlement à l'amiable sans passer par un procès, ce qui bien sûr peut s'avérer socialement dommageable.

ou, du moins, démontré qu'il fût toujours efficace.¹²⁰ Enfin, le dépôt de plus en plus courant de matériels biologiques dans les demandes de brevets biotechnologiques démontrant l'incapacité des scientifiques à décrire les phénomènes vivants au moyen d'une suite de relations causales simples (alors que la description de l'invention constitue un des principes fondamentaux du système des brevets)¹²¹, le constat selon lequel la véritable raison d'être de la propriété intellectuelle réside aujourd'hui bien plus dans la protection des investissements que dans la défense des intérêts des créateurs, et les limites à la liberté individuelle, à la liberté d'expression, à la liberté de se former quelquefois difficiles à justifier qu'occasionne la propriété intellectuelle suggèrent qu'un changement de paradigme devrait s'imposer.¹²²

Certaines analyses sont encore plus sévères. M.-A. Gagnon, par exemple, constate que la construction des normes de propriété intellectuelle découle, depuis la fin du 19^{ème} siècle, d'intérêts privés. Il dénonce le capitalisme corporatif des organisations dont les profits dépendent avant tout de leurs capacités monopolistiques et de leur capacité à instiguer de nouvelles règles juridiques afin de transformer les structures sociales. Alors que le discours légitimant la propriété intellectuelle affirme que les profits liés à celle-ci permettent d'accroître les dépenses en R&D et ainsi l'innovation et la compétitivité, les données montrent que ces profits ne sont pas réinvestis de cette façon. A titre d'exemple, les sociétés pharmaceutiques, aux Etats-Unis, dépensent deux fois plus d'argent dans la promotion de leurs produits que pour la recherche et le développement;¹²³ dans ce même secteur, l'innovation baisse, tout comme la qualité thérapeutique des nouveaux produits,¹²⁴ et les firmes produisent elles-mêmes une masse critique d'articles favorables à leur produit (c'est le cas de Pfizer, par exemple) qui noient les études critiques et ne permettent plus aux médecins d'obtenir des informations neutres et objectives.

¹²⁰ M. Vivant, *Le droit des brevets*, Paris, Ed. Dalloz, 2005, p. 2. Un article de D. Encouaca consacré à cette question montre effectivement que les études empiriques cherchant à établir un lien formel entre le brevet et l'innovation ne parviennent pas à des conclusions tranchées : D. Encouaca, *op. cit.*, p. 3-4. Un article plus récent de P. Belleflamme sur ce même thème confirme également qu'il n'y a pas de consensus sur l'efficacité du brevet, et rappelle que Penrose, un auteur de référence, était déjà parvenu à cette conclusion en 1951 : P. Belleflamme, *How efficient is the patent system? A general appraisal and an application to the pharmaceutical sector*, in Gosseries A., Marciano A., Strowel A. (ed.), *Intellectual Property and Theories of Justice*, Palgrave Macmillan, 2008 p. 214-215; Machlup F. et Penrose E., *The Patent Controversy in XIXth Century*, in *Journal of Economic History*, vol. 10, n° 1, mai 1950, p. 1-29.

¹²¹ La pratique des dépôts est apparue dès la fin des années quarante aux États-Unis avec le développement de la production industrielle des antibiotiques.

¹²² Galloux J.-C., *L'impérialisme du brevet*, in Univ. De Montréal, Fac. De Droit, Centre de recherche en droit public, *Nouvelles technologies et propriété*, Ed. Thémis, 1991, Montréal. On peut ajouter à cette liste de problèmes suscités par les brevets les pratiques des *patent trolls*, également appelés *Non Practicing Entities* (NPE), compagnies qui ne produisent rien, mais se développent via la concession de licences et les litiges en matière de brevets.

¹²³ Les compagnies pharmaceutiques dépensent aux États-Unis deux fois plus d'argent dans la promotion de leurs produits que pour la recherche et le développement : M-A Gagnon et J. Lexchin, *The Cost of Pushing Pills*, in *Plos Medecine*, January 3, 2008.

¹²⁴ Selon M.A. Gagnon, en 2006, 535 nouveaux médicaments ont été introduits en France : 10 représentaient des avancées thérapeutiques, 469 n'apportaient rien de nouveau, 17 ont été sévèrement critiqués par les médecins qui y voyaient un danger réel pour la santé : *Les sociétés pharmaceutiques contre l'État*, Conférence pour le GRIC/CEIM, 6 octobre 2008, UQAM.

Cet auteur entend également montrer, à la suite d'autres chercheurs, que les brevets coûteraient, unitairement, davantage qu'ils ne rapportent. Le paradoxe ne serait qu'apparent : les brevets seraient essentiellement des barrières à l'entrée destinées à éliminer la concurrence, et non des incitants à l'innovation.¹²⁵ Ce qui le conduit à cette conclusion : « instrument moderne de l'émancipation individuelle, la propriété, sous sa forme intellectuelle, est en passe de devenir l'instrument contemporain de la servitude collective face aux intérêts privés d'organisations dominantes qui accroissent inlassablement leur contrôle sur l'ensemble des structures de notre société ».¹²⁶

Ces observations et les problématiques qui seront mises en évidence dans les différents chapitres de cette recherche ont fait du droit de propriété intellectuelle un objet de polémiques autour de l'idée selon laquelle, à travers la « réservation de l'information technique »¹²⁷ et les

¹²⁵ Selon D. Encouaca, *op. cit.*, p. 4 : « Le rôle du brevet ne semble pas le même selon qu'il s'agit d'une grande entreprise ou d'une start-up. Au sein des grands groupes industriels, notamment dans les industries de technologies complexes où la possession d'un vaste portefeuille de brevets permet de se prémunir contre les attaques de concurrents, la fonction de protection juridique a tendance à céder le pas à des objectifs stratégiques : les portefeuilles de brevets représentent les instruments contemporains de la guerre économique. Au sein des entreprises de plus petite taille, la détention d'un brevet offre un signal important pour obtenir un financement, notamment auprès du capital risque, et accéder ainsi au marché ». Selon P. Belleflamme, *op. cit.*, p. 214-229, pour beaucoup d'entreprises, la vraie valeur des brevets ne réside pas dans leur intérêt individuel ; par contre, les portefeuilles de brevets liés entre eux sont intéressants dans les entreprises dont l'innovation est cumulative, qu'il s'agisse d'innovations séquentielles (quand une innovation conduit à plusieurs innovations de seconde génération : dans ce cas, le brevet permet de s'approprier les innovations subséquentes) ou d'innovations complémentaires (quand une innovation de seconde génération nécessite d'utiliser plusieurs innovations de première génération : en effet, si les brevets sur ces innovations de première génération appartiennent à des détenteurs indépendants, cela peut générer des coûts de transaction trop importants pour obtenir des licences (tragédie des anti-communs). Or pour certaines innovations, des centaines de brevets peuvent être liés à un produit : c'est le problème des maquis de brevets).

¹²⁶ M.-A. Gagnon, *op. cit.*, p. 41. D'après D. Encouaca, *op. cit.*, p. 3-4, c'est surtout dans l'industrie des médicaments, de la chimie et des biotechnologies que le brevet semble être l'instrument de protection préféré. Dans d'autres secteurs, d'autres formes de protection seraient préférées. P. Belleflamme, *op. cit.*, p. 214-229 confirme que les études menées auprès de nombreux entrepreneurs afin de déterminer s'ils considéraient les brevets comme importants montrent que la majorité des entrepreneurs (sauf dans les secteurs chimiques et pharmaceutiques) préfèrent d'autres stratégies au brevet (notamment le secret) pour protéger leur propriété intellectuelle, mais que, paradoxalement, tous les secteurs déposent des brevets (on a appelé ce phénomène *le paradoxe du brevet*) : en effet, le nombre de brevets s'est accru dans tous les domaines, mais surtout dans les domaines de la biotechnologie et des technologies de l'information et des communications. Les statistiques mondiales et européennes confirment la croissance des brevets (OMPI, *World Intellectual Property Indicators*, 2014) et le fait que les plus grandes entreprises font une utilisation plus intensive des brevets (Eurostat, statistiques relatives à l'innovation).

¹²⁷ « On considérera donc en l'espèce que la notion de privatisation de l'information recouvrira non seulement la reconnaissance positive de droits exclusifs sur l'information (par le biais d'un droit de propriété intellectuelle) mais aussi la reconnaissance négative ou indirecte d'une exclusivité sous la forme d'une interdiction faite à autrui de disposer de l'information en cause (interdiction d'utiliser ou de divulguer l'information, interdiction de copier, etc.). Ceci vise donc ce que Michel Vivant qualifie de réservation de l'information » : M. Buydens, *Remèdes à la privatisation de l'information par la propriété industrielle : le domaine technique*, in *Revue internationale de droit économique*, 2006/4 t. XX, 4, p. 8 de l'article numérisé sur le site cairn.info.

obstacles à l'accès à des technologies quelquefois essentielles, la finalité sociale des droits de propriété intellectuelle ne serait pas toujours concrètement réalisée. Cette problématique n'est pas neuve: elle ponctue en effet, depuis ses origines, le développement du droit de la propriété intellectuelle, comme le montrera le chapitre suivant.¹²⁸

¹²⁸ La rédaction de ce chapitre a été achevée le 15/11/2015. Si des modifications des législations évoquées plus haut ou des événements importants ont eu lieu après cette date, ces pages n'en traitent pas.

5. Bibliographie du chapitre

Ouvrages

- Beltran A., Chauveau S., Galvez-Behar G., *Des brevets et des marques. Une histoire de la propriété industrielle*, Fayard, Paris, 2001.
- Buydens M., *La propriété intellectuelle: évolution historique et philosophique*, Bruylant, 2012.
- Conseil d'analyse économique, *Propriété intellectuelle*, Paris, La Documentation française, 2003.
- Couture M., Dubé M. et Malissard P., *Propriété intellectuelle et université. Entre la privatisation et la libre circulation des savoirs*, PUQ, 2010.
- Diderot D., Naigeon J. A., *Œuvres de Diderot. Dictionnaire encyclopédique* (livre numérique google), J.L.J. Brière, 1821.
- Draho P., *A Philosophy of Intellectual Property*, Dartmouth, 1996.
- Dutfield G., *Intellectual Property Rights and the Life Science Industries. A Twentieth Century History*, Ashgate, 2003.
- Hilaire-Pérez L., *L'invention technique au siècle des Lumières*, Albin Michel, 2000.
- Institut de recherche en propriété intellectuelle Henri-Desbois, *La propriété intellectuelle en question(s)*, Colloque 16-17 juin 2005, Paris, Institut de recherche en propriété intellectuelle Henri-Desbois, 2006.
- Kaesmacker K. (sous la direction de), *Les droits intellectuels*, Bruxelles, De Boeck et Larcier, 2007.
- Latrave F., *Du bon usage de la piraterie : culture libre, sciences ouvertes*, Éditions Exils, 2004.
- Lessig L., *Culture libre*, Larralde Damien, 2004.
- Marx B., *La propriété intellectuelle*, Paris, Armand Colin, 2005.
- Obadia A., *Le brevet sur l'animal: xénotransplantation*, Presses de l'Université du Québec, 2001, p. 9-34.
- Plassereau Y. et Sauvignon F., *L'État et l'invention – Histoire des brevets*, Paris, La Documentation française, 1986.
- Remiche B., *Brevet, innovation et intérêt général : le brevet : pourquoi et pour faire quoi ?* (Actes du colloque de Louvain-la-Neuve organisé par la Chaire Arcelor), Larcier, 2006.
- Strowel A., *Le droit d'auteur et le copyright entre histoire et nature*, in P. Gérard, F. Ost, M. van de Kerchove, *Images et usages de la nature en droit*, p. 289-339, Pub. Des Fac. St Louis, 1993.
- Thomas F., Boisvert V. (sous la direction de), *Le pouvoir de la biodiversité. Néolibéralisation de la nature dans les pays émergents*, IRD et Quae Editions, 2015.
- Vivant M. (sous la direction de), *Les créations immatérielles et le droit*, Ellipses, 1997.
- Vivant M., *Le droit des brevets*, Paris, Ed. Dalloz, 2005.
- Wagret F. et Wagret J.-M., *Brevets et inventions : propriété industrielle*, Édition PUF, Collection Que sais-je?, Paris, 2000.

Articles scientifiques, rapports officiels

Belleflamme P., *How efficient is the Patent System? A general Appraisal and an Application to the pharmaceutical Sector*, in Gosseries A., Marciano A., Strowel A. (ed.), *Intellectual Property and Theories of Justice*, Palgrave Macmillan, 2007, p. 210-230.

Buydens M., *Remèdes à la privatisation de l'information par la propriété industrielle : le domaine technique*, in *Revue internationale de droit économique*, 2006/4 t. XX, 4, pages 433-474.

Centre d'analyse stratégique français, note de veille n° 81 du 12/11/2007 par Rémi Lallement, *Analyse : Portée et limites du brevet comme indicateur d'innovation. La qualité des brevets en question*, en ligne sur <http://www.strategie.gouv.fr/content/note-de-veille-n%C2%B081-lundi-12-novembre-2007-analyse-portee-et-limites-du-brevet-comme-indica> (page consultée le 13/11/2015).

Dusollier S., *L'intérêt public et l'accès au savoir dans la genèse et l'évolution de la propriété intellectuelle*, in *Cahiers marxistes*, 232, p. 9-34.

Encaoua, D., *Le système des brevets : idées reçues et critiques*, in *Problèmes économiques*, nov. 2012, article en ligne sur https://www.researchgate.net/profile/David_Encaoua/publication/233747460_Le_système_des_brevets_idées_reçues_et_critiques_contemporaines_1/links/0912f50b0d33620529000000.pdf (page consultée le 19/02/2016).

Gagnon M.-A., *Les droits de propriété intellectuelle sont-ils un écueil pour la modernité industrielle ? Le cas des brevets dans l'industrie pharmaceutique*, 46 p., article en ligne sur http://seminaire.samizdat.net/IMG/pdf/Gagnon_pour_Capitalisme_Cognitif.pdf, (page consultée le 31/07/2015).

Gagnon M.-A., *Les sociétés pharmaceutiques contre l'État*, Conférence pour le GRIC/CEIM, 6 octobre 2008, UQAM, résumé en ligne sur http://www.ieim.uqam.ca/IMG/pdf/Societes_contre_l_Etat.pdf (page consultée le 13/11/2015).

Galloux J.-C., *L'impérialisme du brevet*, in Univ. De Montréal, Fac. De Droit, Centre de recherche en droit public, *Nouvelles technologies et propriété*, Ed. Thémis, 1991, Montréal.

Galvez-Behar G., *L'État et les brevets d'invention (1791-1922) : une relation embarrassée*, 2010, *Colloque Concurrence et marchés : droit et institutions du Moyen Âge à nos jours*, Comité d'histoire économique et financière de la France, 10-11 décembre 2009, article en ligne sur <https://halshs.archives-ouvertes.fr/halshs-00548184/document>, (page consulté le 31/07/2015).

Guerreiro, A. Vincent, M. Wunderle, *La propriété intellectuelle*, dossier 61, Bruxelles, CRISP, 2004.

Hesse C., *The Rise of Intellectual Property*, in *Daedalus*, Spring 2002, p. 26-45.

Lapointe S., *L'histoire des brevets*, 2000, article en ligne sur <http://cpi.robic.ca/Cahiers/12-3/LapointeSerge.html> (page consultée le 12/11/2015).

Malissard P., *La propriété intellectuelle : origines et évolution*, p. 3, article en ligne sur <http://www.archipel.uqam.ca/2234/6/PI-univ-ch05.pdf> (page consultée le 31/07/2015) - article équivalent au chapitre 5 de l'ouvrage de Couture M., Dubé M. et Malissard P., *Propriété intellectuelle et université. Entre la privatisation et la libre circulation des savoirs*, PUQ, 2010.

Machlup F. et Penrose E., *The Patent Controversy in XIXth Century*, in *Journal of Economic History*, vol. 10, n° 1, mai 1950, p. 1-29.

Rouhette G., article *Propriété*, in *Encyclopédie thématique*, Paris, Encyclopaedia Universalis, 2005.

Savignon F., *La révolution française et les brevets d'invention*, in *La propriété industrielle*, Genève, n° 11, novembre 1989.

CHAPITRE 2

Aux origines philosophiques de la propriété intellectuelle

Ce chapitre a pour objectif de redécouvrir les principaux arguments philosophiques qui ont fondé, accompagné ou contesté la construction des systèmes de propriété intellectuelle au fil du temps. Il se fera, dans un premier temps, l'écho le plus fidèle possible des réflexions en la matière de penseurs classiques tels que Locke, Diderot, Condorcet, Kant, Fichte, Smith, Mill, Hegel, Nozick, Rothbard, Proudhon, Marx,¹²⁹ mais aussi d'auteurs contemporains (Stallman, Lessig, Boyle, Ostrom, Dussolier, Coriat, Bollier, Dardot et Laval, ...) qui promeuvent une conception alternative de l'intérêt général à travers la défense des choses communes (*res communis*, patrimoine commun de l'humanité, domaine public), des communs (*open access*, *commons*) ou encore du principe du commun. Pour ce faire, nous reprendrons, dans la première partie du chapitre, de nombreux extraits des auteurs analysés nous permettant de nous faire une idée la plus exacte possible de leur pensée. Cette méthode devrait nous éviter d'utiliser à mauvais escient certaines réflexions ou citations de grands auteurs extraites de leur contexte afin d'appuyer un positionnement personnel. Dans un second temps, nous tenterons de mettre en relief ce que pourraient gagner, à la relecture de ces auteurs, les débats contemporains en matière de propriété intellectuelle. On pourrait nous objecter que des chercheurs de premier plan se sont déjà livrés à l'analyse de l'apport de la tradition philosophique à la réflexion contemporaine en matière de propriété intellectuelle.¹³⁰ Il nous semble toutefois important de pouvoir répéter et confronter

¹²⁹ L'ordre chronologique de présentation de la pensée de ces philosophes sera globalement respecté (à l'exception de la pensée des libertariens, présentée après celle de Smith, Mill et Hegel, pour des raisons qui seront explicitées plus loin), mais nous nous permettrons malgré tout de présenter ensemble les penseurs qui peuvent être réunis au sein d'un même mouvement ou qui s'opposent, s'inspirent ou encore se répondent : Diderot et Condorcet, Kant et Fichte, Smith et Mill, Proudhon et Marx, les marxistes, les théoriciens à l'origine d'une nouvelle conception de l'intérêt général, Stallman et Lessig, etc. Cette façon de procéder permettra de mettre en évidence les types de débats propres à chaque époque et à chaque zone culturelle envisagée (puisque nous aborderons des auteurs français, allemands et anglo-saxons), mais aussi l'évolution globale du traitement philosophique de cette question.

¹³⁰ Il existe, en effet quelques ouvrages approfondissant la philosophie de la propriété intellectuelle : par exemple, P. Drahos, *A Philosophy of Intellectual Property*, Dartmouth, 1996 ; A. Gosseries, *Intellectual Property and Theories of Justice* (edited with A. Marciano & A. Strowel), Basingstoke & N.Y., Palgrave Macmillan, 2008 ; M. Buydens, *La propriété intellectuelle : évolution historique et philosophique*, Bruxelles, Bruylant, 2012 : nous y faisons référence à plusieurs reprises dans ce chapitre, mais également dans les chapitres 1 et 3.

plusieurs recherches sur le même thème pour en discuter, le cas échéant, les résultats divergents ou pour en fonder plus solidement les éventuelles conclusions convergentes.

1. Le *Statut des Monopoles* anglais de 1623 : l'option utilitariste

Nous débuterons ce chapitre avec l'affaire *Darcy v. Allen* ou *l'affaire des Monopoles* (1603), affaire célèbre dans le droit anglais et riche en arguments philosophiques, et le *Statut des monopoles* (1623), loi qui précède de plus de cent cinquante ans les premières lois sur les brevets en France (1791) et aux États-Unis (1790), ces deux épisodes étant extrêmement instructifs quant à la façon dont, au 17^{ème} siècle, la tradition légale anglaise justifiait les *monopolies and letters patents of privilege*.

Comme nous l'avons rappelé dans le chapitre introductif, à cette époque, les droits des inventeurs dépendaient, en Angleterre, de privilèges accordés par la Couronne ou d'un Acte du Parlement. Mais plusieurs souverains successifs pervertirent le système des monopoles pour en tirer une source de revenus. En 1601, après des années de protestation contre les privilèges royaux accordés par la reine Elisabeth 1^{ère}, les cours de droit commun reçurent, par proclamation de la reine elle-même, le droit de juger les prérogatives royales. En 1602, un bénéficiaire d'un monopole lié à une patente (ou lettre patente) royale accordée par la reine introduisit une plainte afin de faire respecter son privilège : Edward Darcy estimait qu'un certain Thomas Allen enfreignait son droit de monopole sur la production, l'importation et la vente de cartes en Angleterre. Mais la cour de droit commun jugea en 1603 que cette patente n'était pas valable au regard du droit commun. Il n'existe pas de compte-rendu officiel des plaidoiries dans cette affaire, mais l'avocat de Darcy, Sir Coke, nous a laissé un rapport, rédigé douze ans après cette affaire, des arguments soulevés à cette occasion.¹³¹ Ceux-ci plaidaient pour que les monopoles soient déclarés contraires au droit commun, hormis certaines exceptions. Plusieurs arguments furent avancés à cette occasion. En empêchant les individus de travailler, les monopoles devaient en effet être jugés contraires aux intérêts garantis par l'Etat. En favorisant le gain privé, ils avaient pour effet de faire monter les prix et tendaient à appauvrir ceux qui ne pouvaient plus commercer, le droit commun et l'équité de la loi de Dieu condamnant tous deux de tels effets. Les patentes pouvaient toutefois être justifiées pour un temps raisonnable lorsqu'une invention utile ou un nouveau type de commerce étaient apportés à l'État : le texte précise ainsi « for the good of the realm » et « in consideration of the good that he does bring to the commonwealth ; otherwise not ».¹³² Cette tolérance indique que l'objectif originel, reconnu et admis du système des patentes anglais était d'encourager le transfert de technologies et de produits commerciaux utiles vers

¹³¹ L'exposé des arguments soulevés à l'occasion de cette affaire se retrouve chez Sir Edward Coke, *Selected Writings of Sir Edward Coke*, vol. I, 1600 (version numérique sur *Online Library of Liberty*). Cette affaire, ainsi que le *Statut des monopoles* font l'objet d'une étude approfondie dans Calabresi S. G. and Price L., *Monopolies and the Constitution: A History of Crony Capitalism*, Faculty Working Papers, Paper 214, 2012. Ils sont également abordés par P. Drahos, *op.cit.*, dont nous reprenons en partie l'analyse, A. Beltran, *op. cit.*, p. 45 et 63, L. Lessig, *Culture libre*, Larralde Damien, p. 40 ; M-A Gagnon, *op. cit.*, p. 2 ; M. Buydens, *op. cit.*, p. 228-243.

¹³² Cité par A. Beltran, *op. cit.*, p. 63.

l'Angleterre. Pour le reste, le monopole devait être jugé contraire à la loi de Dieu, puisque c'est conformément à celle-ci que l'homme était alors censé travailler pour la survie de sa famille et de sa personne: tout ce qui empêchait un homme de poursuivre le commerce qu'il avait choisi d'entreprendre constituait non seulement une interférence avec sa liberté, mais aussi une infraction aux lois de Dieu. Pour résumer les différents arguments utilisés: l'Eglise assimilait les monopoles à des péchés; la capacité des détenteurs de monopoles de dicter les prix contrevenait à la théorie du prix « juste »; les monopoles étaient assimilés à des comportements d'usuriers; enfin, la capacité des monopoles de créer de la rareté au niveau des besoins de base (car beaucoup de monopoles concernaient des denrées alimentaires) était contraire à l'intérêt public. D'après le rapport de Sir Coke, il s'agissait d'un jugement en faveur du libre commerce, considéré comme bénéfique, tant pour les individus que pour le bien du pays.

Mais les rois et les reines continuèrent à accorder des privilèges durant de nombreuses années après ce jugement. A la mort de la reine Elisabeth, le roi Jacques 1^{er} qui lui succéda abusa encore davantage des privilèges royaux. Après de nombreuses années de pression de la part de la House of Commons pour interdire les privilèges royaux, la conception en grande partie instrumentale du jugement de l'Affaire des monopoles fut traduite dans le *Statut des Monopoles* de 1623. La Section 1 de cette loi laissait entendre que les monopoles avaient échoué à réaliser le bien public; désormais, seuls les inventeurs (« first and true inventors ») de nouveaux types d'industries (« any manner of new manufacture ») pourraient se voir accorder une patente, à condition que celle-ci ne soit pas contraire à la loi ou nuisible à l'État d'une quelconque manière. Le *Statut des Monopoles* identifiait clairement les patentes à des privilèges et non à des droits naturels. Ils ne pouvaient être admis que pour leur contribution au bien public, et devaient être limités dans l'optique de ce même bien public.¹³³

La section 1 de la loi stipulait ainsi: « All Monopolies, and all Commissions, Grants, Licences, Charters and Letters Patents heretofore made or granted, or hereafter to be made or granted, to any Person or Persons, Bodies Politick or Corporate whatsoever, of or for the sole Buying, Selling, Making, Working or Using of any Thing within this Realm, or the Dominion of Wales (...) or of any other Monopolies, or of Power, Liberty or Faculty, to dispense with any others, or to give Licence or Toleration to do, use or exercise any Thing against the Tenor or Purport of any Law or Statute (...) and all Proclamations, Inhibitions, Restraints, Warrants of Assistants, and all other Matters and Things whatsoever, any way tending to the Instituting, Erecting, Strengthening, Furthering or Countenancing of the same or any of them (...) are altogether contrary to the Laws of this Realm, and so are and shall be utterly void and of none Effect, and in no wise to be put in Use or Execution ». Les sections 5 et 6 prévoyaient des exceptions pour les patentes d'invention: « Any Declaration before-mentioned shall not extend to any Letters Patents and Grants of Privilege for the Term of fourteen Years or under, hereafter to be made, of the sole Working or Making of any manner of new Manufactures within this Realm, to the true and first Inventor and Inventors of such Manufactures, which others at the Time of Making such Letters Patents and Grants shall not use ».¹³⁴ D'autres exceptions concernaient les

¹³³ P. Drahos, *op. cit.*

¹³⁴ Cité par Calabresi S. G. and Price L., *op. cit.*, p. 19-20.

corporations (qui constituaient des groupes d'intérêt politiquement puissants) et des patentes spécifiques. Le Parlement se réservait désormais le droit d'accorder les monopoles.

Néanmoins, la pratique des privilèges royaux se poursuivait, ainsi que les protestations du Parlement.

2. La théorie de la propriété de John Locke, *Traité du gouvernement civil*, 1690 : l'argument du droit naturel

A la fin de ce même siècle, John Locke développa, dans le chapitre V du *Traité du gouvernement civil*, une théorie de la propriété qui connut une grande influence sur la philosophie politique.¹³⁵ Bien qu'il n'ait pas abordé dans ce chapitre la question de la propriété intellectuelle,¹³⁶ il semble manifeste, comme nous le suggérerons ci-dessous, que sa théorie concernant les fondements de la propriété a influencé les débats en matière de propriété intellectuelle.¹³⁷

La théorie de Locke tente de résoudre une difficulté: comment les hommes peuvent-ils acquérir une propriété si, comme il le pensait, Dieu a donné la terre en commun au genre humain ?¹³⁸ La solution qu'il propose se fonde sur le postulat selon lequel chaque homme a la propriété de sa propre personne.¹³⁹ L'origine de la propriété vient donc, selon lui, de ce que « ce qu'il [l'individu] retire de l'état de nature et mêle à son travail, en le joignant à ce qui lui

¹³⁵ John Locke, *Traité du gouvernement civil*, 1690 (chapitre V du *Second Traité* intitulé *De la propriété des choses*), traduction française de David Mazel en 1795 à partir de la 5^{ème} édition de Londres en 1725.

¹³⁶ « Mais la principale matière de la propriété n'étant pas à présent les fruits de la terre, ou les bêtes qui s'y trouvent, mais la terre elle-même, laquelle contient et fournit tout le reste (...) »: J. Locke, *ibidem*, par. 32, p. 34.

¹³⁷ Plusieurs évolutions se produisirent au cours du 16^{ème} siècle, ouvrant la voie à la théorie de Locke. Ainsi, se développa l'intuition de l'homme créateur, l'idée que le peintre ou le poète, à l'image de Dieu, créent dans leur domaine et laissent leur empreinte personnelle dans leur œuvre (cette théorie fut, plus tard, à l'origine de la notion classique d'originalité). Par ailleurs, le calvinisme mit en avant le travail, la raison pratique, les arts mécaniques ; le mouvement puritain valorisa la réussite matérielle, le profit individuel, la rentabilité et en fit des vertus (ce mouvement est reconnu comme l'un des ferments du développement du capitalisme dans les pays anglo-saxons) : comme le remarque M. Buydens, *op. cit.*, p. 156, « le paysage mental est dès lors apte à admettre une appropriation des inventions comme fruits du travail de l'inventeur ». A la même époque, Bacon exhortait à abandonner la spéculation abstraite, stérile à ses yeux, pour les arts de l'utile. Il prônait un utilitarisme communautaire selon lequel il convient de servir les intérêts de la société, de mettre l'activité humaine au service des hommes et de l'accroissement de leur bonheur matériel. Pour lui, l'activité créatrice était l'effet d'un travail, d'un effort intellectuel de l'auteur (et non d'une illumination) ; pour la stimuler, les inventions devaient être récompensées par des honneurs et des rétributions financières. C'est dans cette optique que Bacon défendit les lettres patentes. Enfin, apparut une conception de la propriété selon laquelle Dieu a donné le monde en commun à tous les hommes, mais n'a pas imposé le communisme : par son silence sur la propriété, Dieu a en quelque sorte autorisé que les hommes fassent naître les propriétés par l'occupation, la prise de possession individuelle. Selon cette conception, l'activité humaine, à travers l'occupation, était source de droit. Dans le cadre de cette théorie, Hobbes soutenait l'idée que tout ce qui existait était appropriable ; dans le même ordre d'idées, pour Grotius, les choses de la terre étaient des *res nullius* : M. Buydens, *op. cit.*, p. 128-213.

appartient [son travail], il en fait sa propriété », ¹⁴⁰ la terre étant destinée à être travaillée. ¹⁴¹ En d'autres termes, « (...) labourer, cultiver la terre, et avoir domination sur elle sont deux choses jointes ensemble. L'une donne droit à l'autre ». ¹⁴²

Locke ajoute deux conditions pour que ce droit de propriété soit légitime : le travail ne peut donner lieu à un droit de propriété que « là où il reste suffisamment en commun pour les autres » ¹⁴³ en vertu de l'obligation naturelle de préserver la vie des autres. Dans un monde d'abondance, tel que le perçoit Locke, ¹⁴⁴ cette restriction ne lui semble pas devoir engendrer de situations conflictuelles : « (...) la même règle de propriété, savoir, que chacun doit posséder autant de bien qu'il lui en faut pour sa subsistance, peut avoir lieu aujourd'hui, et pourra toujours avoir lieu dans le monde, sans que personne en soit incommodé et mis à l'étroit, puisqu'il y a assez de terre pour autant encore d'habitants qu'il y en a (...) ». ¹⁴⁵

La seconde condition prône la modération : « La raison nous dit que la propriété des biens acquis par le travail doit donc être réglée selon le bon usage qu'on en fait pour l'avantage et les commodités de la vie. Si l'on passe les bornes de la modération, et que l'on prenne plus de choses qu'on n'en a besoin, on prend, sans doute, ce qui appartient aux autres ». ¹⁴⁶ Elle interdit le gaspillage : ¹⁴⁷ « Mais si l'herbe de son clos se pourrit sur la terre, ou que les fruits de ses plantes et de ses arbres se gâtent, sans qu'il se soit mis en peine de les recueillir et de les amasser, ce fonds,

¹³⁸ *Ibidem*, par. 26, p. 32. Le *Second Traité* est une attaque manifeste contre le gouvernement monarchique absolu. Locke s'attaque à l'argument selon lequel la légitimité du pouvoir politique des rois viendrait de l'héritage patriarcal d'Adam auquel Dieu aurait donné, à l'origine, autorité complète sur le monde. Locke cherche quant à lui une autre origine au pouvoir politique et une autre façon de connaître et de désigner les personnes à qui revient ce pouvoir : « Ainsi, sans supposer en Adam aucune domination particulière, ou aucune propriété sur tout le monde, exclusivement à tous les autres hommes, puisque l'on ne saurait prouver une telle domination et une telle propriété, ni fonder sur elle la propriété et la prérogative d'aucun autre homme, il faut supposer que la terre a été donnée aux enfants des hommes en commun ; et nous voyons, d'une manière bien claire et bien distincte, par tout ce qui a été posé, comment le travail en rend propres et affectées, à quelques-uns d'eux, certaines parties, et les consacrent légitimement à leur usage; en sorte que le droit que ces gens-là ont sur ces biens déterminés ne peut être mis en contestation, ni être un sujet de dispute » (*Ibidem*, par. 39, p. 37).

¹³⁹ *Ibidem*, par. 27, p. 32. Voir aussi *ibidem*, par. 44, p. 39: « (...) l'homme néanmoins, étant le maître et le propriétaire de sa propre personne, de toutes ses actions, de tout son travail, a toujours en soi le grand fondement de la propriété ».

¹⁴⁰ *Ibidem*, par. 27, p. 32.

¹⁴¹ *Ibidem*, par. 34, p. 34. « Dieu a donné la terre aux hommes en commun : mais, puisqu'il la leur a aussi donnée pour les plus grands avantages, et pour les plus grandes commodités de la vie qu'ils en puissent retirer, on ne saurait supposer et croire qu'il entend que la terre demeure toujours commune et sans culture. Il l'a donnée pour l'usage des hommes industrieux, laborieux, raisonnables (...) ». Voir aussi: « Dieu leur commandait de travailler, et leurs besoins les y contraignaient assez » : *ibidem*, par. 35, p. 35.

¹⁴² *Ibidem*, par. 35, p. 35.

¹⁴³ *Ibidem*, par. 27, p. 32; voir aussi *ibidem*, par. 33 et 36, pp. 34 et 35.

¹⁴⁴ *Ibidem*, par. 33, p. 34.

¹⁴⁵ *Ibidem*, par. 36, p. 36.

quoique fermé d'une clôture et de certaines bornes, doit être regardé comme une terre en friche et déserte, et peut devenir l'héritage d'un autre ».¹⁴⁸

Mais, après tout, pourquoi le travail, plus que l'intention de s'approprier l'objet ou le fait accompli de la possession, devrait-il constituer le fondement du droit de propriété ?¹⁴⁹ Plusieurs éléments de réponse sont mis en avant par Locke. Premièrement: « (...) son travail distingue et sépare alors ces fruits des autres biens qui sont communs; il y ajoute quelque chose de plus que la nature, la mère commune de tous, n'y a mis; et, par ce moyen, ils deviennent son bien particulier ».¹⁵⁰ Par ailleurs, la propriété résulte avant tout du devoir divin d'auto-préservation. De ce fait, le consentement de la communauté n'est pas nécessaire.¹⁵¹ Il s'agit d'une loi de la raison, d'une « loi originelle de la nature, (...) qui a eu toujours lieu [et] (...) qui a montré sa force et son efficacité ».¹⁵²

La théorie de Locke suggère également l'idée d'une juste récompense : « Tellement que celui qui, conformément à cela, a labouré, semé, cultivé un certain nombre d'arpents de terre, a véritablement acquis, par ce moyen, un droit de propriété sur ses arpents de terre, auxquels nul autre ne peut rien prétendre, et qu'il ne peut lui ôter sans injustice ».¹⁵³

¹⁴⁶ *Ibidem*, par. 31, p. 33; voir aussi par. 36, p. 35. Cette théorie n'exclut toutefois pas l'inégalité des richesses ou des possessions: celle-ci dépendra du travail fourni, mais elle est surtout grandement facilitée par l'introduction de l'argent: « Mais depuis que l'or et l'argent, qui, naturellement sont si peu utiles à la vie de l'homme, par rapport à la nourriture, au vêtement, et à d'autres nécessités semblables, ont reçu un certain prix et une certaine valeur, du consentement des hommes, quoique après tout, le travail contribue beaucoup à cet égard; il est clair, par une conséquence nécessaire, que le même consentement a permis les possessions inégales et disproportionnées. Car dans les gouvernements où les lois règlent tout, lorsqu'on y a proposé et approuvé un moyen de posséder justement, et sans que personne puisse se plaindre qu'on lui fait tort, plus de choses qu'on en peut consumer pour sa subsistance propre, et que ce moyen c'est l'or et l'argent, lesquels peuvent demeurer éternellement entre les mains d'un homme, sans que ce qu'il en a, au-delà de ce qui lui est nécessaire, soit en danger de se pourrir et de déchoir, le consentement mutuel et unanime rend justes les démarches d'une personne qui, avec des espèces d'argent, agrandit, étend, augmente ses possessions, autant qu'il lui plaît »: *ibidem*, par. 50, p. 41.

¹⁴⁷ « (...) mais si ces choses venaient à se gâter et à se corrompre pendant qu'elles étaient en sa possession, et qu'il n'en fit pas l'usage auquel elles étaient destinées; si ces fruits qu'il avait cueillis se gâtaient, si ce gibier qu'il avait pris se corrompait, avant qu'il pût s'en servir, il violait, sans doute, les lois communes de la nature, et méritait d'être puni, parce qu'il usurpait la portion de son prochain, à laquelle il n'avait nul droit, et qu'il ne pouvait posséder plus de bien qu'il lui en fallait pour la commodité de la vie »: *Ibidem*, par. 37, p. 36.

¹⁴⁸ *Ibidem*, par. 38, p. 36

¹⁴⁹ « (...) la propriété fondée sur le travail, est capable de balancer la communauté de la terre » : *Ibidem*, par. 40, p. 37.

¹⁵⁰ *Ibidem*, par. 28, p. 32.

¹⁵¹ *Ibidem*, par. 28, p. 32.

¹⁵² *Ibidem*, par. 30, p. 33.

¹⁵³ *Ibidem*, par. 32, p. 34.

Il propose enfin une réponse que nous pourrions qualifier d'utilitariste en expliquant que le travail ajoute de la valeur à un produit et apporte un bénéfice à la société.¹⁵⁴

Locke est ainsi l'un des premiers, si ce n'est le premier, à développer l'idée que l'individu moderne s'appuie sur le socle de la propriété privée pour exister en tant que tel. Par l'intermédiaire de l'appropriation, l'individu peut, selon lui, cesser d'exister à travers un rapport de dépendance (comme dans le système féodal où l'on était « l'homme » de quelqu'un), accéder ainsi à la propriété de soi, c'est-à-dire à la libre disposition de soi, et devenir capable d'exister par lui-même comme individu. Comme on l'a souligné plus haut, la propriété de Locke ne désigne pas obligatoirement une grande propriété,¹⁵⁵ mais à tout le moins le minimum de ressources nécessaires pour pouvoir assurer son indépendance. Le but de la République et de la soumission à un gouvernement est dès lors, à ses yeux, la préservation de la propriété.¹⁵⁶

Lorsque les pratiques de propriété intellectuelle et les régimes juridiques destinés à les encadrer se développèrent, le recours à l'idée de propriété de l'individu sur son œuvre fut fréquent (avec toute l'ambiguïté liée au fait que cette « propriété » était limitée, notamment dans sa durée).¹⁵⁷

En France, dans le domaine technique, les premières lois sur les brevets postérieures à la Révolution française utilisaient la notion de propriété.¹⁵⁸ Au 19^{ème} siècle, si un certain Michel Chevalier contestait l'idée de propriété sur les inventions, qui, rappelait-il, s'élaborent le plus souvent par étapes successives,¹⁵⁹ le Congrès international des associations d'inventeurs qui se tint en 1900 à Paris soutenait toujours que l'invention donne lieu à une véritable propriété.¹⁶⁰ Cet argument de la propriété d'un individu sur son œuvre n'est pas sans évoquer le droit lockéen de propriété sur les fruits de son labeur.

A côté du travailleur « classique », on trouve la figure de l'auteur. L'intuition d'un certain droit naturel de l'auteur sur le fruit de son labeur fut également très largement répandue. Par

¹⁵⁴ *Ibidem*, par. 40, p. 37 : « (...) les effets du travail font la plus grande partie de la valeur de ce qui provient des terres. Je pense que la supputation sera bien modeste, si je dis que des productions d'une terre cultivée, neuf dixièmes sont les effets du travail ». Voir aussi *ibidem*, par. 42 et 43, pp. 38 et 39.

¹⁵⁵ Selon P. Drahos, *op. cit.*, il existe cependant plusieurs interprétations de la théorie de Locke. L'une d'entre elles considère que le postulat de départ de Locke selon lequel le monde est donné en commun signifie qu'il n'appartient à personne et qu'il est ouvert à tous. La propriété serait dès lors le droit de possession exclusive sur les objets que l'on prend des communaux. Locke a, dans cette optique, souvent été considéré comme un des serviteurs idéologiques du capitalisme, comme le philosophe qui aurait fourni un fondement moral à l'appropriation bourgeoise. Une autre interprétation consiste cependant à dire que les communaux sont détenus par la communauté : la propriété ne serait alors qu'un droit d'usage exclusif, un droit d'usufruit. Celui-ci n'est possible sans le consentement de toute la communauté, selon Locke, que grâce au travail individuel : « S'il était nécessaire d'avoir un consentement exprès de tous les membres d'une société, afin de pouvoir s'approprier quelque partie de ce qui est donné ou laissé en commun; des enfants ou des valets ne sauraient couper rien, pour manger, de ce que leur père ou leur maître leur aurait fait servir en commun, sans marquer à aucun sa part particulière et précise » (Locke, *op. cit.*, par. 29, p. 31).

¹⁵⁶ Locke, *op.cit.*, par. 123.

¹⁵⁷ Cette contradiction alimenta les débats au 19^{ème} siècle.

exemple, la théorie de Locke ne fut pas sans influence sur le *Statute of Anne*,¹⁶¹ tout comme sur les premières lois françaises dans le domaine du droit d'auteur.¹⁶²

Aujourd'hui, la Convention internationale des Droits de l'homme n'évoque pas la notion de propriété intellectuelle, mais elle reconnaît le droit fondamental à la protection des intérêts matériels de l'auteur (protection justifiée par son travail) et, à côté de ces intérêts matériels, le droit à la protection de ses intérêts moraux.¹⁶³ Parce qu'elles émergent dans le cadre des débats sur les privilèges, parce qu'elles apparaissent, chez certains de ces auteurs, comme une déclinaison du droit de propriété naturel, et parce qu'elles suscitent des considérations philosophiques sur les privilèges et la propriété susceptibles, aujourd'hui encore, de donner à penser, nous croyons utile de mentionner les pensées de Diderot, Condorcet, Kant et Fichte sur cette question, même si l'idée d'un droit moral de l'auteur sur son œuvre prend place au cœur des controverses sur la propriété littéraire, et non dans le contexte des débats sur la protection des inventions techniques.

¹⁵⁸ Ainsi, combinant l'analyse lockéenne et la nécessité pour la Nation de disposer d'un domaine public, l'article premier de la loi française sur les brevets du 7 janvier 1791 stipulait que « toute découverte ou nouvelle invention dans tous les genres d'industries est la *propriété* de son auteur, la loi lui en garantissant la jouissance pleine et entière suivant le mode et pour le temps déterminés dans la loi ». Dans le préambule de cette même loi, la propriété intellectuelle y était rattachée à la propriété : « toute idée nouvelle dont la manifestation ou le développement peut devenir utile à la société appartient primitivement à celui qui l'a conçue, et ce serait attaquer les droits de l'Homme dans leur essence que de ne pas regarder une découverte industrielle comme la *propriété* de son auteur » (Philippe Antoine Merlin, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence. Additions: Ab-Mari*, Volume 16, 1824, p. 133, livre numérique Google). La Constitution de l'an III (du 22 août 1795), en son article 357, prévoyait également que « la loi doit pourvoir à la récompense des inventeurs ou au maintien de la *propriété* exclusive de leurs découvertes ou de leurs productions » (texte accessible en ligne sur <http://mip.univ-perp.fr/france/co1795.htm>, consulté le 16/04/2016).

¹⁵⁹ Michel Chevalier, *Les Brevets d'invention examinés dans leurs rapports avec le principe de la liberté du travail et avec le principe de l'égalité des citoyens*, 1878, accessible en ligne sur <http://www.youscribe.com/catalogue/livres/savoirs/autres/les-brevets-d-invention-examines-dans-leurs-rapports-avec-le-principe-302120> (consulté le 16/04/2016).

¹⁶⁰ Aux États-Unis, par contre, Thomas Jefferson contesta que l'invention puisse faire l'objet d'un droit naturel de propriété. Selon lui, les idées se partagent sans affaiblir celui qui en est à l'origine. En Angleterre, au 19^{ème} siècle, les défenseurs des brevets utilisaient l'argument de la propriété des idées, mais cet argument se vit supplanter par l'idée que le brevet constitue une juste récompense pour l'inventeur et qu'il représente un stimulant pour l'industrie.

¹⁶¹ Première loi sur le droit d'auteur, en 1709, en Angleterre : cf. chapitre 1.

¹⁶² Cf. chapitre 1.

¹⁶³ « Chacun a droit à la protection des intérêts moraux et matériels découlant de toute production scientifique, littéraire ou artistique dont il est l'auteur »: Déclaration universelle des Droits de l'homme de 1948, article 27.2.

3. Denis Diderot, *Lettre sur le commerce de la librairie*, 1763 : l'émergence d'un droit moral reconnu à l'auteur sur son œuvre

Pour Diderot,¹⁶⁴ le livre est l'expression d'une personne,¹⁶⁵ ce qui justifie qu'il lui appartienne :

« Quel est le bien qui puisse appartenir à un homme, si un ouvrage d'esprit, le fruit unique de son éducation, de ses études, de son temps, de ses veilles, de ses recherches, de ses observations, si les plus belles heures, les plus beaux moments de sa vie, si ses propres pensées, les sentiments de son cœur, la portion de lui-même la plus précieuse, celle qui ne périt point, celle qui l'immortalise, ne lui appartient pas ? (...) ».¹⁶⁶

A la lecture de cet extrait, Diderot peut paraître défendre les intérêts des auteurs. La lecture de sa *Lettre sur le commerce de la librairie* apporte toutefois un éclairage quelque peu différent. Dès les premières lignes de ce texte, Diderot réfute l'idée qu'il pourrait défendre les intérêts des libraires :¹⁶⁷

« Je vous dirai donc d'abord qu'il ne s'agit pas simplement ici des intérêts d'une communauté. Eh ! que m'importe qu'il y ait une communauté de plus ou de moins, à moi qui suis un des plus zélés partisans de la liberté prise sous l'acception la plus étendue, qui souffre avec chagrin de voir le dernier des talents gêné dans son exercice, une industrie, des bras donnés par la nature, et liés par des conventions, qui ai de tout temps été convaincu que les corporations étaient injustes et funestes, et qui en regarderais l'abolissement entier et absolu comme un pas vers un gouvernement plus sage ? ».¹⁶⁸

C'est pourtant bien l'avenir de la librairie, confrontée, comme il l'exposera, à de multiples menaces, qui préoccupe Diderot,¹⁶⁹ celui de la littérature y étant, selon lui, étroitement lié :

« Les correspondants de province nous pillent impunément » ;¹⁷⁰

¹⁶⁴ Diderot D., *Lettre sur le commerce de la librairie. Lettre historique et politique adressée à un magistrat sur le commerce de la librairie, son état ancien et actuel, ses règlements, ses privilèges, les permissions tacites, les censeurs, les colporteurs, le passage des ponts et autres objets relatifs à la police littéraire* (1763), accessible en ligne sur http://classiques.uqac.ca/classiques/Diderot_denis/lettre_commerce_livre/lettre_com_livres.pdf.

¹⁶⁵ Un autre passage exprime cette position de Diderot : « Qui suis-je ? des rêves, des pensées, des idées, des sensations, des passions, des qualités, des défauts, des vices, des vertus, du plaisir, de la peine. (...) la pensée que j'écris, c'est moi ; le marbre que tu animes, c'est toi : c'est la meilleure partie de toi, c'est toi dans les plus beaux moments de ton existence, c'est ce que tu fais, et ce qu'un autre ne peut pas faire », extrait de *Le pour ou le contre ou lettres sur la postérité*, cité par M. Fujiwara, *Diderot et le droit d'auteur avant la lettre : autour de la lettre sur le commerce de la librairie*, in *Revue d'histoire littéraire de la France*, vol. 105, 2005/1, p. 92.

¹⁶⁶ Diderot, *op. cit.*, p. 32.

¹⁶⁷ Dans un sens, Diderot dit vrai, et nous le comprendrons par la suite : ce n'est pas l'intérêt des libraires qui lui tient avant tout à cœur, mais celui de la diffusion de la littérature.

¹⁶⁸ Diderot, *op. cit.*, p. 8.

¹⁶⁹ Face à la suppression des continuations des privilèges en 1760, les libraires de Paris avaient chargé Diderot de rédiger un texte afin de démontrer la perpétuité de leurs droits.

¹⁷⁰ Diderot, *op. cit.*, p. 35.

« Ce dont il s'agit, c'est d'examiner (...) quelles doivent être les suites des atteintes que l'on a données et qu'on pourrait encore donner à notre librairie; s'il faut souffrir plus longtemps les entreprises que des étrangers font sur son commerce; quelle liaison il y a entre ce commerce et la littérature ».¹⁷¹

Il choisit donc d'examiner l'histoire du droit d'auteur et entreprend de décrire l'origine des privilèges des libraires de Paris :

« Qu'en arriva-t-il ? Ce qui devait en arriver et ce qui en arrivera dans tous les temps. La concurrence rendit la plus belle entreprise ruineuse » ;¹⁷²

« Tous ces imprimeurs célèbres dont nous recherchons à présent les éditions, qui nous étonnent par leurs travaux et dont la mémoire nous est chère, sont morts pauvres; et ils étaient sur le point d'abandonner leurs caractères et leurs presses, lorsque la justice du magistrat et la libéralité du souverain vinrent à leur secours » ;¹⁷³

« Ils sollicitèrent auprès du monarque et en obtinrent un privilège exclusif pour leur entreprise » ;¹⁷⁴

« On pesa les raisons du commerçant et l'on conclut à lui accorder un second privilège à l'expiration du premier » ;¹⁷⁵

« C'est ainsi qu'on s'avancait peu à peu à la perpétuité et à l'immutabilité du privilège (...) ».¹⁷⁶

Tout en concédant quelque pertinence aux propos de ses détracteurs, il entreprend de justifier ces privilèges par le travail, les risques encourus par l'éditeur et ses « intérêts légitimes » :

« Cet exclusif, me répondez-vous, était contre le droit commun. J'en conviens. Le manuscrit pour lequel il était accordé n'était pas le seul qui existât, et un autre typographe en possédait ou pouvait s'en procurer un semblable. Cela est vrai, mais à quelques égards seulement, car l'édition d'un ouvrage, surtout dans ces premiers temps, ne supposait pas seulement la possession d'un manuscrit, mais la collation d'un grand nombre, collation longue, pénible, dispendieuse; cependant je ne vous arrêterai point, je ne veux pas être difficile. Or, ajoutez-vous, il devait paraître dur de concéder à l'un ce que l'on refusait à un autre. Cela le parut aussi, quoique ce fût le cas ou jamais de plaider la cause du premier occupant et d'une possession légitime, puisqu'elle était fondée sur des risques, des soins et des avances. Cependant pour que la dérogation au droit commun ne fût pas excessive, on jugea à propos de limiter le temps de l'exclusif. Vous voyez que le ministère, procédant avec quelque connaissance de cause, répondait en partie à vos vues » ;¹⁷⁷

« C'est ainsi qu'on s'avancait peu à peu à la perpétuité et à l'immutabilité du privilège; et il est évident que, par ce second pas, on se proposait de pourvoir à l'intérêt légitime de l'imprimeur, à l'encourager, à lui assurer un sort, à lui et à ses enfants, à

¹⁷¹ *Ibidem*, p. 8-9.

¹⁷² *Ibidem*, p. 13.

¹⁷³ *Ibidem*, p. 15.

¹⁷⁴ *Ibidem*, p. 16.

¹⁷⁵ *Ibidem*, p. 18.

¹⁷⁶ *Ibidem*, p. 18.

¹⁷⁷ *Ibidem*, p. 16

l'attacher à son état, et à le porter aux entreprises hasardeuses, en en perpétuant le fruit dans sa maison et dans sa famille ».¹⁷⁸

Pour Diderot, ces premiers privilèges permettaient aux libraires de qualité de se protéger contre la concurrence des « libraires indigents et avides, ces misérables » :

« Monsieur, je veux bien faire l'aumône, mais je ne veux pas qu'on me vole; et si la misère excuse l'usurpation, où en sommes-nous ? ».¹⁷⁹

Il se positionne donc clairement en défenseur des privilèges des libraires de Paris :

« N'est-ce pas le privilégié qui a acquis le manuscrit de l'auteur et qui l'a payé ? Qui est-ce qui est propriétaire ? Qui est-ce qui l'est plus légitimement ? N'est-ce pas sous la sauvegarde qu'on lui a donnée, sous la protection dont il a le titre signé de la main du souverain, qu'il a consommé son entreprise ? S'il est juste qu'il jouisse, n'est-il pas injuste qu'il soit spolié et indécent qu'on le souffre ? Telles sont, monsieur, les lois établies sur les privilèges; c'est ainsi qu'elles se sont formées. Si on les a quelquefois attaquées, elles ont été constamment maintenues, si vous en exceptez une seule circonstance récente. Par un arrêt du 14 septembre 1761, le Conseil a accordé aux descendantes de notre immortel La Fontaine le privilège de ses Fables ».¹⁸⁰

Et c'est - peut-être pas uniquement, mais en tout cas aussi - dans l'optique de la défense des intérêts des libraires que, dans ce manifeste, est revendiquée la propriété de l'auteur sur son œuvre, et même un véritable « droit de l'auteur » :

« Il n'est pas d'un homme de mon état de plaider la cause du commerçant contre la postérité de l'auteur; mais il est d'un homme juste de reconnaître la justice et de dire la vérité même contre son propre intérêt; et ce serait peut-être le mien de ne pas ôter à mes enfants, à qui je laisserai moins encore de fortune que d'illustration, la triste ressource de dépouiller mon libraire quand je ne serai plus » ;¹⁸¹

« Je leur déclare (...) que je me suis cru et que j'étais apparemment le maître de mes productions bonnes ou mauvaises, que je les ai librement, volontairement aliénées,¹⁸² que j'en ai reçu le prix que j'y mettais, et que le quartier de vigne ou l'arpent de pré que je serai forcé de distraire encore à l'héritage de mes pères, pour fournir à leur éducation, ne leur appartient pas davantage » ;¹⁸³

« Je le répète, l'auteur est maître de son ouvrage, ou personne dans la société n'est maître de son bien. Le libraire le possède comme il était possédé¹⁸⁴ par l'auteur; il a le droit incontestable d'en tirer tel parti qui lui conviendra par des éditions réitérées. Il serait aussi insensé de l'en empêcher que de condamner un agriculteur à laisser son terrain en friche, ou un propriétaire de maison à laisser ses appartements vides » ;¹⁸⁵

¹⁷⁸ *Ibidem*, p. 18.

¹⁷⁹ *Ibidem*, p. 24.

¹⁸⁰ *Ibidem*, p. 28.

¹⁸¹ *Ibidem*, p. 28.

¹⁸² Nous soulignons.

¹⁸³ *Ibidem*, p. 29.

¹⁸⁴ Nous soulignons.

« Qui est plus en droit que l'auteur¹⁸⁶ de disposer de sa chose par don ou par vente ». ¹⁸⁷

Le privilège du libraire est donc justifié, dans ce texte de Diderot, par un véritable droit de propriété :

« Mais premièrement, c'est traiter le privilège du libraire comme une grâce qu'on est libre de lui accorder ou de lui refuser, et oublier que ce n'est que la garantie d'une vraie propriété¹⁸⁸ à laquelle on ne saurait toucher sans injustice » ; ¹⁸⁹

« L'acquéreur d'un manuscrit n'en serait pas moins un vrai propriétaire, en cette qualité un citoyen sous la sauvegarde des lois, et le contrefacteur un voleur à poursuivre selon toute leur sévérité ». ¹⁹⁰

L'intérêt général, le risque que prend le libraire, l'avenir de la littérature viennent renforcer cette justification du privilège du libraire :

« Un projet solide est celui qui assure à la société et aux particuliers un avantage réel et durable; un projet spécieux est celui qui n'assure soit à la société, soit aux particuliers, qu'un avantage momentané, et le magistrat imprudent est celui qui n'aperçoit pas les suites fâcheuses de ce dernier, et qui, trompé par l'appât séduisant de faire tomber de prix la chose manufacturée, soulage l'acheteur pour un instant et ruine le manufacturier et l'État » ; ¹⁹¹

« Abolissez ces lois, rendez la propriété de l'acquéreur incertaine, et cette police mal entendue retombera en partie sur l'auteur. Quel parti tirerai-je de mon ouvrage, surtout si ma réputation n'est pas faite, comme je le suppose, lorsque le libraire craindra qu'un concurrent, sans courir le hasard de l'essai de mon talent, sans risquer les avances d'une première édition, sans m'accorder aucun honoraire, ne jouisse incessamment, au bout de six ans, plus tôt s'il l'ose, de son acquisition ? » ; ¹⁹²

« Les productions de l'esprit rendent déjà si peu ! Si elles rendent encore moins, qui est-ce qui voudra penser ? Ceux que la nature y a condamnés par un instinct insurmontable qui leur fait braver la misère ? Mais ce nombre d'enthousiastes, heureux d'avoir le jour du pain et de l'eau, la nuit une lampe qui les éclaire, est-il bien grand ? Est-ce au ministère à les réduire à ce sort ? S'il s'y résout, aura-t-il beaucoup de penseurs ? ». ¹⁹³

¹⁸⁵ *Ibidem*, p. 32.

¹⁸⁶ Nous soulignons.

¹⁸⁷ *Ibidem*, p. 32.

¹⁸⁸ Nous soulignons.

¹⁸⁹ *Ibidem*, p. 45.

¹⁹⁰ *Ibidem*, p. 56.

¹⁹¹ *Ibidem*, p. 48.

¹⁹² *Ibidem*, p. 50.

¹⁹³ *Ibidem*, p. 50.

Diderot réfute par ailleurs les arguments généralement formés à l'encontre des privilèges des libraires :

« Ce titre odieux qui consiste à conférer gratuitement à un seul un bénéfice auquel tous ont une égale et juste prétention, voilà le privilège abhorré par le bon citoyen et le ministre éclairé. Reste à savoir si le privilège du libraire est de cette nature » ;¹⁹⁴

« Mais vous avez vu par ce qui précède combien cette idée serait fausse: le libraire acquiert par un acte un manuscrit; le ministère, par une permission, autorise la publication de ce manuscrit, et garantit à l'acquéreur la tranquillité de sa possession. Qu'est-ce qu'il y a en cela de contraire à l'intérêt général ? Que fait-on pour le libraire qu'on ne fasse pour tout autre citoyen ? Je vous demande, monsieur, si celui qui a acheté une maison n'en a pas la propriété et la jouissance exclusive; si, sous ce point de vue, tous les actes qui assurent à un particulier la possession fixe et constante d'un effet quel qu'il soit ne sont pas des privilèges exclusifs; si, sous prétexte que le possesseur est suffisamment dédommagé du premier prix de son acquisition, il serait licite de l'en dépouiller; si cette spoliation ne serait pas l'acte le plus violent de la tyrannie, si cet abus du pouvoir tendant à rendre toutes les fortunes chancelantes, toutes les hérédités incertaines, ne réduirait pas un peuple à la condition de serfs et ne remplirait pas un État de mauvais citoyens. Car il est constant pour tout homme qui pense que celui qui n'a nulle propriété dans l'État, ou qui n'y a qu'une propriété précaire, n'en peut jamais être un bon citoyen. En effet, qu'est-ce qui l'attacherait à une glèbe plutôt qu'à une autre ? » ;¹⁹⁵

« Mais encore une fois, monsieur, ce n'est pas cela: il s'agit d'un manuscrit, d'un effet légitimement cédé, légitimement acquis, d'un ouvrage privilégié qui appartient à un seul acquéreur, qu'on ne peut transférer soit en totalité, soit en partie à un autre sans violence, et dont la propriété individuelle n'empêche point d'en composer et d'en publier à l'infini sur le même objet » ;¹⁹⁶

« S'il était question de réserver à un seul le droit inaliénable d'imprimer des livres en général, ou des livres sur une matière particulière, (...) de tels privilèges seraient évidemment opposés au bien général, au progrès des connaissances et à l'industrie des commerçants ».¹⁹⁷

Avec Diderot s'esquisse donc le régime moderne du droit d'auteur selon lequel la propriété éditoriale, qui règle le commerce et la diffusion des livres, est liée à - et même fondée sur - la propriété intellectuelle originaire de l'auteur sur le produit de sa pensée. Cette propriété originaire de l'auteur est justifiée par le fait que le livre est l'expression de lui-même; de ce fait, elle est « plus encore » propriété que ne l'est la propriété matérielle que l'on peut exercer sur des objets externes qui, d'abord, appartenaient à tous.

La position de Diderot est proche de celle de Louis d'Héricourt qui, en 1725, chargé de la défense des libraires de Paris contre ceux de province, et dans un contexte où l'auteur semblait ne pas avoir d'autre choix que de céder ce droit à un éditeur, avait revendiqué la propriété de l'auteur et de ses héritiers sur son œuvre « parce que c'est le fruit du travail qui lui est personnel ». Diderot

¹⁹⁴ *Ibidem*, p. 30.

¹⁹⁵ *Ibidem*, p. 30.

¹⁹⁶ *Ibidem*, p. 34.

¹⁹⁷ *Ibidem*, p. 34.

insiste cependant, pour sa part, sur le fait que l'œuvre est liée à la personnalité de l'auteur et, seconde différence entre ces deux positions, face à la récente décision royale d'accorder le privilège de publier les œuvres de La Fontaine à ses descendants et non aux libraires, Diderot, en 1763, défend, lui, la primauté du droit de propriété du créateur et de l'accord qu'il conclut avec son libraire sur les droits des héritiers.

La position de Diderot ne manque cependant pas, sur ces derniers points justement, de susciter des difficultés.

D'une part, l'*Encyclopédie*, dont Diderot est l'instigateur, était généralement hostile aux monopoles commerciaux et aux systèmes corporatifs. Extraits de la section *Lettres de maîtrise* (ou *Lettres de privilège*) de l'*Encyclopédie*, les trois passages suivants¹⁹⁸ témoignent bien de cette méfiance vis-à-vis des privilèges et monopoles:

« Malgré ces humbles & justes supplications, il continua toujours d'être défendu de travailler à ceux qui n'avoient point d'argent pour en acheter la permission, ou que les communautés ne vouloient pas recevoir, pour s'épargner de nouveaux concurrens »;

« M. le duc de Sully modéra bien certains abus éclatans des lettres de maîtrise ; mais il confirma l'invention, n'appercevant que de l'ordre dans un établissement dont les gênes & les contraintes, si nuisibles au bien politique, sautent aux yeux » ;

« Si l'on daigne approfondir ce sujet, comme on le fera sans doute un jour, on trouvera que la plupart des autres statuts de M. Colbert, concernant les lettres de maîtrise & les corps de métiers, favorisent les monopoles au lieu de les extirper, détruisent la concurrence, & fomentent la discorde & les procès entre les classes du peuple, dont il est le plus important de réunir les affections du côté du travail, & de ménager le tems & la bourse ».

D'autre part, en certains endroits de son texte, Diderot semble distinguer privilège et propriété, et se contredire par rapport à ce qui vient d'être exposé ci-dessus en affirmant que le privilège et le droit de possession n'ont rien de commun¹⁹⁹ et que « le privilège n'est qu'une sauvegarde accordée par le souverain pour la conservation d'un bien ».²⁰⁰

Par ailleurs, sa position est fondée sur le principe métaphysique (et moral) - mais non juridique - que les idées propres d'un auteur et l'expression personnelle de ses idées constituent le « moi » de cet auteur, et que celui-ci détient une propriété absolue sur lui-même. Mais, sur ce point précis, d'autres optiques métaphysiques pourraient être défendues. En outre, la démonstration de la façon dont serait déduite de cette propriété de soi une propriété sur des objets externes est passée sous silence.²⁰¹

¹⁹⁸ D. Diderot, J. Le Rond d'Alembert, *Encyclopédie ou dictionnaire raisonné des sciences, des arts et des métiers*, Briasson, 1765, p. 425 (livre numérique Google).

¹⁹⁹ « Le préjugé vient de ce qu'on confond l'état de libraire, la communauté des libraires, la corporation avec le privilège et le privilège avec le titre de possession, toutes choses qui n'ont rien de commun, non, rien, monsieur ! » : Diderot, *Lettre sur le commerce de la librairie*, op. cit., p. 31.

²⁰⁰ *Ibidem*, p.33.

²⁰¹ J. Benoist in Kant, *Qu'est-ce qu'un livre ? Textes de Kant et de Fichte traduits et présentés par J. Benoist*, PUF, 1995, p. 47.

Enfin, Diderot affirme la propriété absolue de l'auteur sur son livre, pour ensuite construire la théorie de son aliénation au profit de l'éditeur. Il est un des premiers à exprimer le caractère spirituel de l'œuvre, la dimension métaphysique de l'ouvrage, à contribuer ainsi à la définition d'un droit d'auteur en liant la création littéraire à la personnalité de l'auteur, mais cette propriété est aussitôt aliénée au profit de l'imprimeur, dont le droit et l'intérêt semblent presque primer sur ceux de l'auteur.²⁰²

En résumé, Diderot identifie chez l'auteur un droit de propriété sur son œuvre, justifié (d'une façon que l'on peut discuter) par la propriété qu'il aurait sur ses pensées, droit inaliénable, mais aussitôt (problématiquement) aliéné au profit de l'éditeur, qui acquiert à son tour le droit de propriété sur l'œuvre, ce système étant censé servir le double objectif de pérenniser le commerce de la librairie, et de ce fait, la diffusion des livres.

Un certain nombre de difficultés posées par l'argumentation de Diderot disparaissent si l'on admet que, là où le droit inaliénable de l'auteur se voit aliéné au profit de l'éditeur, Diderot « confond » droit moral de l'auteur (qui ne devrait pas pouvoir être aliéné) et droit marchand sur l'œuvre.

Une lettre sur la postérité confirme d'ailleurs qu'il considère le droit moral de l'auteur comme inaliénable, car l'œuvre est une partie de l'auteur, mais comme ne donnant pas lieu à un droit patrimonial, mais bien un droit à la paternité de l'œuvre :

« Et tous ceux qui ont consacré leurs vies à des ouvrages posthumes, et qui n'ont espéré de leurs travaux que la bénédiction des siècles à venir ; voilà les hommes que vous appelez des fous, des insensés, des rêveurs ; les plus généreux des hommes, les âmes les plus fortes, les plus élevées, mes moins mercenaires. Envieriez-vous à ces mortels illustres leur unique salaire, la pensée douce qu'ils seraient un jour honorés ? ». ²⁰³

Une autre lettre, destinée à Le Breton, dans laquelle Diderot, scandalisé, conteste la censure exercée par ce dernier sur les dix derniers volumes de l'*Encyclopédie*, confirme par ailleurs que, si Diderot a conscience du droit moral de l'auteur sur son œuvre, il considère bien l'éditeur, Le Breton, comme propriétaire de l'œuvre et détenteur du droit patrimonial sur l'*Encyclopédie* :

« Voici donc ce qui résulte de vingt-cinq ans de travaux, de peines, de dépenses, de dangers, de mortifications de toute espèce ! Un inepte, un Ostrogoth détruit tout en un moment. Je parle de votre boucher, de celui à qui vous avez remis le soin de nous démembrer. Il se trouve, à la fin, que le plus grand dommage que nous ayons souffert, que le mépris, la honte, le discrédit, la ruine, la risée, nous viennent du principal propriétaire ²⁰⁴ de la chose. Vos souscripteurs diront qu'ils ont souscrit pour mon ouvrage, et que c'est presque le vôtre que vous leur donnez ». ²⁰⁵

²⁰² Contrairement à Kant qui fera du droit d'auteur un droit inaliénable : cf. infra.

²⁰³ *Le pour et le contre ou Lettres sur la postérité*, cité par M. Fujiwara, *op. cit.*, p. 93.

²⁰⁴ Nous soulignons.

Diderot est donc un des premiers à décrire aussi ardemment ce qui fonderait l'existence d'un droit moral de l'auteur sur son œuvre, mais il ne poursuit pas ce raisonnement qui aurait pu le mener au développement d'un droit personnel. Il est en effet préoccupé, avant tout, par le commerce des livres, l'économie de la librairie, dans une optique de diffusion de la littérature. Il se montre d'ailleurs admiratif du système commercial anglais qui, déjà, traite le livre comme une marchandise (même si, comme on l'a vu, Diderot reconnaît aussi la valeur spirituelle de l'œuvre littéraire). Pour lui, la contrefaçon, contrairement aux apparences, en nuisant à l'industrie particulièrement fragile que constitue la librairie, freine la diffusion des livres car elle fait obstacle à l'émission de nouveaux ouvrages, en ne permettant pas aux éditeurs de maintenir une véritable activité éditoriale puisqu'ils n'en tirent que peu de profit.

Cette explication selon laquelle la préoccupation de Diderot porte essentiellement sur la lutte contre la contrefaçon dans le but de favoriser la diffusion des livres via le commerce de la librairie permet également de comprendre pourquoi en certains passages, distinguant privilège et propriété, Diderot semble se contredire (suivant d'ailleurs en cela le discours des grands libraires de Paris, qui n'ignoraient pas que le privilège n'était qu'une grâce passagère, mais qui aimaient, lorsque cela pouvait les servir, à le confondre avec un droit de propriété). La décision royale favorable aux descendantes de La Fontaine est en effet à l'origine de ce double discours de Diderot. Si le droit de propriété de l'auteur sur son œuvre est strictement interprété, il se transmet à sa descendance « naturellement, par le droit d'hérédité », ²⁰⁶ ainsi que le stipule ce jugement que contestaient Diderot et les libraires de Paris. En reconnaissant aux héritiers, après l'expiration des privilèges, le retour du droit d'impression, le Conseil suggérait en effet que le droit des auteurs primait sur les intérêts des imprimeurs, ce que refuse Diderot dans ce texte.

C'est à partir de cette explication également que l'on peut tenter de rendre compte de l'apparente contradiction entre la position qu'il développe dans ce texte et celle exprimée dans l'*Encyclopédie*. L'*Encyclopédie* elle-même a fait l'objet d'un privilège, qu'elle perdit, et dont la perte donna lieu à des éditions pirates. ²⁰⁷ Diderot semble s'être forgé l'opinion selon laquelle, pour sauver d'immenses entreprises comme l'*Encyclopédie*, il fallait protéger le monde français du livre contre les faussaires domestiques et étrangers. ²⁰⁸

En conclusion, s'il l'annonce, Diderot ne relève pas encore du système du droit d'auteur moderne qui liera droit moral et droit marchand au cœur du droit d'auteur.

²⁰⁵ Cité par M. Fujiwara, *op. cit.*, p. 92.

²⁰⁶ *Extrait de l'arrêt du conseil d'état privé du roi*, cité par M. Fujiwara, *op. cit.*, p. 83. Aucun libraire ou imprimeur n'avait alors de privilège pour l'impression des ouvrages de La Fontaine et ne faisait dès lors obstacle aux « droits » de ses héritiers.

²⁰⁷ Elle fut par ailleurs victime de la censure (privilège et censure étaient en effet intimement liés : grâce au système du privilège, la publication pouvait être contrôlée). Un premier arrêt frappa l'*Encyclopédie* en 1752 ; en 1759, sa vente fut interdite : le roi révoqua les lettres de privilège et décréta la destruction par le feu des sept volumes de l'*Encyclopédie*. L'Eglise l'inscrivit sur la liste des ouvrages interdits (*L'Index*). Malgré cette volonté de censure, la publication reprit, et les derniers volumes parurent en 1772. Un dernier procès pour plagiat dura jusqu'en 1778.

²⁰⁸ M. Fujiwara, *op. cit.*, p. 80.

4. Nicolas de Condorcet, *Des privilèges de la propriété littéraire*, 1776 : propriété intellectuelle et utilitarisme « social »

A l'opposé des conclusions de Diderot se trouve la position de Condorcet. Celui-ci aborde la question des privilèges en plusieurs endroits. Celle des privilèges littéraires est traitée dans des pages intitulées *Des privilèges de la propriété littéraire*.²⁰⁹ Sa question de départ est celle de savoir si un auteur a le droit d'empêcher un autre d'écrire les mêmes choses que celles qu'il a écrites le premier. Il y défend l'idée que la propriété d'un ouvrage ne peut être considérée comme une propriété classique, comme une propriété naturelle, mais qu'elle ne peut être comprise que comme un privilège :

« En effet, on sent qu'il ne peut y avoir aucun rapport entre la propriété d'un ouvrage et celle d'un champ, qui ne peut être cultivé que par un homme; d'un meuble qui ne peut servir qu'à un homme, et dont, par conséquent, la propriété exclusive est fondée sur la nature des choses. Ainsi ce n'est point ici une propriété dérivée de l'ordre naturel, et défendue par la force sociale; c'est une propriété fondée par la société même. Ce n'est pas un véritable droit, c'est un privilège, comme ces jouissances exclusives de tout ce qui peut être enlevé au possesseur unique sans violence ».²¹⁰

Il entreprend toutefois d'examiner si ce type de privilège, par définition nuisible selon ses vues, ne serait pas néanmoins utile par ailleurs :

« Tout privilège est donc une gêne imposée à la liberté, une restriction mise aux droits des autres citoyens; dans ce genre, il est nuisible non seulement aux droits des autres qui veulent copier, mais aux droits de tous ceux qui veulent avoir des copies, et pour qui ce qui en augmente le prix est une injustice. L'intérêt public exige-t-il que les hommes fassent ce sacrifice? (...) en d'autres termes, les privilèges sont-ils nécessaires, utiles ou nuisibles au progrès des lumières? ».²¹¹

Il développe alors plusieurs arguments. Ce ne serait pas, selon lui, le privilège qui rendrait possible la création :

« Quand bien même il n'existerait pas de privilèges en librairie, Bacon (...), Kepler, Galilée, Huygens, Descartes, (...) Newton (...), d'Alembert (...), les découvertes (...), les recherches heureuses (...) ne sont pas le fruit des privilèges en librairie ».²¹²

Le privilège ne serait pas non plus le seul moyen qui puisse faire vivre un homme de lettres :

« Un homme de génie ne fait pas de livres pour de l'argent; mais s'il n'est pas riche, il sera obligé d'avoir une occupation pour vivre, et le public y perdra. Mais le

²⁰⁹ N. de Condorcet, *Des privilèges de la propriété littéraire*, p. 308-314, in *Fragments sur la liberté de la presse* (1776), in *Œuvres*, Firmin Didot, 1847.

²¹⁰ *Ibidem*, p. 305.

²¹¹ *Ibidem*, p. 309.

²¹² *Ibidem*, p. 309.

privilège n'est pas nécessaire pour cet objet. Une souscription²¹³ peut en remplacer, et au-delà, tous les avantages ».²¹⁴

La liberté de commerce rendrait les prix plus accessibles et dissuaderait les contrefacteurs:

« Un livre dont la circulation sera libre et qui ne se vendra pas un tiers au-dessus de son prix ne sera presque jamais contrefait. La liberté en ce genre comme en tout autre a pour effet de ramener toute chose à son prix naturel et chacun à son droit naturel ».²¹⁵

Enfin, entraves à la liberté du commerce, les privilèges réduiraient l'activité:

« Enfin, les privilèges ont en ce genre, comme en tout autre, les inconvénients de diminuer l'activité, de la concentrer dans un petit nombre de mains, de la charger d'un impôt considérable (...) ».²¹⁶

Condorcet se positionne ainsi en détracteur des privilèges :

« Ils ne sont donc ni nécessaires, ni même utiles et nous avons vu qu'ils étaient injustes ».²¹⁷

En homme des Lumières, sa motivation profonde résidait dans le progrès et la diffusion de la pensée :

« Le bonheur des hommes dépend en partie de leurs lumières, et le progrès des lumières dépend en partie de la législation de l'imprimerie. Cette législation n'eût-elle aucune influence sur la découverte des vérités utiles, elle en a une prodigieuse sur la manière dont les vérités se répandent » ;²¹⁸

« Que demande l'utilité publique? Que les hommes acquièrent des lumières. Or qu'y a-t-il de plus contraire aux Lumières que la censure des livres? ».²¹⁹

Les idées de Condorcet inspirèrent son siècle et ce débat. Sur la question générale des monopoles, sa position semble être demeurée homogène. Certains commentateurs ont écrit: « Nous ne pensons pas trahir la pensée de son auteur en disant que, à son sens, tout monopole constitue un privilège, et tout privilège constitue une sorte de monopole ».²²⁰ Dans la ligne de ce raisonnement, les défenseurs de la « piraterie » se firent les champions de l'intérêt public contre les monopoles.

²¹³ « Engagement pris par un particulier de fournir à une date convenue une somme d'argent pour le financement d'une oeuvre ou d'une entreprise en cours de préparation »: Wikipédia, article *souscription* (page consultée le 7/12/2015).

²¹⁴ Condorcet, *op. cit.*, p. 310.

²¹⁵ *Ibidem*, p. 310.

²¹⁶ *Ibidem*, p. 311.

²¹⁷ *Ibidem*, p. 311.

²¹⁸ *Ibidem*, p. 312. Pour la même raison, Condorcet s'oppose à la censure.

²¹⁹ *Ibidem*, p. 305.

²²⁰ Eugène Caillaud, *Les idées économiques de Condorcet*, New-York, Burt Franklin, 1908, p. 63; Condorcet traite notamment la question des monopoles dans *Réflexions sur les corvées. Monopole et monopoleur* (1775) et *Réflexions sur le commerce des blés* (1776).

Lorsqu'éclata la *querelle des théâtres*, un projet de loi présenté le 13 janvier 1791 par Le Chapelier mit l'accent sur les droits du public et sur les principes de liberté et de propriété publique. Les auteurs y étaient présentés comme les serviteurs du bien et de l'utilité publics (contrairement aux éditeurs et directeurs de théâtre). Ce projet donna lieu à la première loi révolutionnaire en matière de propriété littéraire et artistique : la loi des 13-19 janvier 1791, qui consacra le droit de représentation. Selon cette conception, la propriété des œuvres devient à terme, de par la publication de celles-ci, une propriété sociale :

« En sollicitant pour les auteurs, leurs héritiers ou leurs concessionnaires, la propriété la plus entière de leurs ouvrages pendant leur vie et cinq ans après leur mort, [les auteurs dramatiques] reconnaissent et même ils invoquent les droits du public, et ils n'hésitent pas à avouer qu'après ce délai de cinq ans les ouvrages des auteurs sont propriété publique. [...] Le public devrait avoir la propriété de ces chefs-d'œuvre [...] et chacun devrait être maître de s'emparer des ouvrages immortels de Molière, de Corneille et de Racine pour essayer d'en rendre les beautés et de les faire connaître. Mais le despotisme qui flétrissait tout, qui portait ses regards sur toutes les institutions, pour les maîtriser avait envahi cette propriété commune et l'avait mise en privilège exclusif » ;

« La plus sacrée, la plus légitime, la plus inattaquable, et, si je puis parler ainsi, la plus personnelle de toutes les propriétés, est l'ouvrage fruit de la pensée d'un écrivain ; c'est une propriété d'un genre tout différent des autres propriétés. Lorsqu'un auteur fait imprimer un ouvrage ou représenter une pièce, il les livre au public, qui s'en empare quand ils sont bons, qui les lit, qui les apprend, qui les répète, qui s'en pénètre et qui en fait sa propriété ». ²²¹

Face à la contestation, aux arguments et aux pratiques des directeurs de théâtre, une seconde loi fut rapidement nécessaire afin de traiter la question des éditions pirates. Cette loi, rédigée par Marie-Joseph Chénier, présentée par Lakanal et votée le 19 juillet 1793, consacra le droit de reproduction, la représentation de l'auteur comme vecteur de l'accroissement des connaissances et le droit de propriété limité de l'auteur sur son œuvre, en récompense de son travail intellectuel. Lakanal insista davantage que ne l'avait fait Le Chapelier, sur les effets pervers de la notion de propriété publique.

L'esprit des Lumières se trouve dans ce souci constant d'assurer la diffusion du progrès des sciences et des arts, en lequel Condorcet croyait avec enthousiasme. ²²² Cet esprit, qui était aussi celui de Diderot, a donc conduit certains, à l'inverse de ce dernier, à défendre la propriété publique. Si Condorcet considérait les idées comme appartenant à tous, l'affirmation de droits individuels reconnus à l'auteur n'en progressait pas moins à son époque, donnant finalement lieu, en France, à un compromis entre la conception de la propriété comme droit naturel et la primauté de l'intérêt public, compromis qui conduisit à transformer la propriété littéraire en récompense

²²¹ Le Chapelier, *Rapport au nom du comité de constitution sur la pétition des auteurs dramatiques*, séance du 13 janvier 1791.

²²² Voir par exemple son discours *Des avantages et des progrès des sciences*, prononcé le 21 février 1782 lors de sa réception à l'Académie française.

pour la contribution de l'auteur à l'utilité publique. Un véritable débat philosophique sur la nature du savoir, subjectif, et donc susceptible de propriété privée, ou collectif et social, est sous-jacent à ce débat.²²³ Ces termes du débat sont, jusqu'à nos jours, restés d'actualité. Il nous faudra y revenir.

5. Emmanuel Kant, *De l'illégitimité de la reproduction des livres*, 1785 et Johan Gottlieb Fichte, *Preuve de l'illégitimité de la reproduction des livres, un raisonnement et une parabole*, 1791: l'argument du droit moral²²⁴

1) Kant, *De l'illégitimité de la reproduction des livres*, 1785

L'esprit des Lumières et la question du droit moral de l'auteur sur son oeuvre nous conduisent ensuite inmanquablement à Kant, à qui l'on attribue généralement la paternité de la conception moderne du droit d'auteur.

Kant distingue le discours et le support matériel du livre :

« Le livre est d'un côté un produit de l'art matériel qui peut être reproduit (par celui qui se trouve dans la possession légitime d'un de ses exemplaires), par suite il y a là lieu d'un droit réel ; mais de l'autre côté le livre est aussi pur et simple discours de l'éditeur au public, que celui-ci n'a pas le droit de reprendre publiquement sans avoir le pouvoir de l'auteur, et il s'agit en cela d'un droit personnel, l'erreur (la cause de l'apparence de légitimité d'une illégitimité pourtant si flagrante à première vue que la contrefaçon des livres) ne tenant qu'à la confusion de ces deux points ».²²⁵

Dans la même ligne de pensée que Diderot, il conçoit l'idée qu'un livre est plus que le produit du travail de l'auteur : il est « opération », discours qui ne peut être séparé de l'auteur et ne peut être aliéné :

« (...) les livres (...) sont des actions (*operae*) (qui ne peuvent avoir leur existence) que dans une personne. Par la suite, ces derniers reviennent-ils exclusivement à la personne de l'auteur ; et celui-ci a un droit inaliénable (*jus personalissimum*), à savoir celui de discourir toujours lui-même à travers qui que ce soit d'autre, c'est-à-dire que personne n'a le droit de tenir le même discours au public autrement qu'en son nom à lui, l'auteur ».²²⁶

²²³ C. Hesse, *op. cit.*

²²⁴ La théorie personnaliste selon laquelle l'œuvre est le miroir de l'âme remonte aux maniéristes italiens du 16^{ème} siècle. L'idée d'un droit moral de l'auteur sur son œuvre est héritée de cette conception personnaliste, et non de la théorie lockéenne. Cette théorie est notamment celle de Kant (1785), de Fichte (1791), de Hegel (1821).

²²⁵ E. Kant, *Qu'est-ce qu'un livre ? Textes de Kant et de Fichte traduits et présentés par Jocelyn Benoist*, PUF, 1995, p. 133-135. Les textes de Kant traduits dans ce livre sont les suivants : *De l'illégitimité de la reproduction des livres* (1785), *Qu'est-ce qu'un livre ?* (1796), *Sur la fabrication des livres, lettre à F. Nicolai* (1798).

²²⁶ *Ibidem*, p. 132.

Ce discours est la réalisation pratique de la liberté de son auteur. C'est ce qui en fait la valeur. L'auteur a donc un droit personnel inaliénable sur son livre.²²⁷ En cela, Kant se montre extrêmement novateur : il construit bien la notion moderne de droit d'auteur.

Kant évite certaines difficultés suscitées par la position de Diderot. A ses yeux, le livre, dans son essence, est un discours tenu par l'auteur au public :

« Dans un livre en tant qu'écrit, l'auteur adresse un discours à son lecteur (...) ».²²⁸

En tant que tel, et en un sens, ce discours n'est pas objet de propriété car, si la pensée est identifiable à l'auteur, l'auteur ne s'appartient pas à lui-même. Cette pensée appartiendrait d'ailleurs à tous ceux qui seraient capables de se l'approprier par la lecture : elle n'appartient donc à personne en particulier.²²⁹

Kant évite une autre difficulté que posait le texte de Diderot : il considère en effet l'édition « non pour le commerce d'une marchandise en son nom propre, mais pour la conduite d'une affaire au nom d'un autre ».²³⁰ En d'autres termes, l'éditeur ne pourra jamais prétendre à la propriété sur le livre : « Car la propriété qu'un auteur a sur ses pensées (si du moins l'on admet qu'une telle propriété existe selon des droits externes), il la conserve nonobstant la reproduction (...) ».²³¹

Plusieurs conclusions résultent de ces extraits. D'une part, entre l'auteur et son œuvre, il ne s'agit pas d'un rapport de propriété matérielle classique, mais d'un autre mode de propriété qui désigne le lien, l'identité qui existe entre la pensée de l'auteur et lui-même. La pensée de l'auteur faisant intervenir sa personne, sa publication ne peut se faire sans son consentement.

L'éditeur gère donc les affaires de l'auteur avec son consentement : ce dernier lui confère l'exclusivité de le représenter. L'éditeur ne détient *que* le droit exclusif de diffuser, cédé par l'auteur, tandis que l'œuvre ne peut être aliénée à l'auteur.²³² L'exclusivité que reçoit l'éditeur est, pour Kant, une condition de la diffusion, néanmoins il ne s'agit pas ici d'un impératif moral, mais seulement d'un principe garant d'efficacité dans le cadre d'une entreprise fragile telle que l'est la librairie²³³ et dans l'optique de la diffusion de l'œuvre.

²²⁷ Sauf lorsqu'il s'agit d'une compilation d'extraits ou d'une traduction, par exemple, car le discours n'est alors plus celui de l'auteur (*Ibidem*, p.132). Par contre, les œuvres matérielles, œuvres d'art ou inventions, n'existeraient, selon lui, qu'en tant que choses : elles ne renfermeraient aucun discours. Elles ne font donc pas, à ses yeux, l'objet d'un droit personnel comparable aux livres (*Ibidem*, p.130-131).

²²⁸ *Ibidem*, p. 122.

²²⁹ J. Benoist, *Introduction au texte de Kant*, in *Ibidem*, p. 89.

²³⁰ Kant, *Ibidem*, p. 120.

²³¹ *Ibidem*, p. 119.

²³² *Ibidem*, p. 124.

Enfin, en remettant son manuscrit pour publication, l'auteur établit un contrat avec le public, dont l'éditeur est l'intermédiaire. Le public acquiert un *droit* à l'édition, dont la mission incombe à l'éditeur.²³⁴

2) Fichte, *Preuve de l'illégitimité de la reproduction des livres, un raisonnement et une parabole*, 1791²³⁵

À la même époque (1791), Fichte défendit l'idée d'une propriété particulière permanente de l'auteur sur son livre. Il s'intéressa essentiellement au droit moral (et non juridique), distinguant utilité et légitimité (droit moral). Fichte adopte sur ce point une posture plus idéaliste que Kant : en effet, le but de sa démonstration est bien de mettre en évidence que si l'illégitimité de la reproduction des livres est établie, alors la question de son utilité ne se pose même pas :

« Si maintenant tout est clairement démontré de ce qui devait l'être, à savoir : que l'auteur conserve une propriété permanente sur son livre et a le droit plein et entier d'empêcher qui que ce soit de tirer profit contre sa volonté de ce qui, selon la nature de la chose même, demeure sien ; que par conséquence la reproduction des livres est une injustice manifeste, et même l'une des pires – alors l'examen de la recevabilité de la reproduction des livres est à séparer définitivement de la question de son utilité et nous pouvons nous dispenser de répondre à celle-ci ».²³⁶

Fichte fait la différence entre l'objet-livre (matériel), le contenu du livre, c'est-à-dire les pensées, qui se transmettent, et la forme, l'expression ou la façon de penser (il théorise ainsi mieux que Kant cette distinction entre pensée et discours) :

« Nous pouvons distinguer deux choses dans un livre : ce qu'il y a de corporel en lui, le papier imprimé ; et ce qu'il y a de spirituel. La propriété du premier de ces éléments passe par la vente du livre indubitablement à l'acheteur. (...) Ce spirituel doit lui-même encore faire l'objet d'un partage : le matériel, le contenu du livre, les pensées qu'il expose ; et la forme de ces pensées, la façon, la liaison, les tournures et les mots avec lesquels il les expose. (...) Les pensées (...) ne sont pas payées en argent sonnante et trébuchant (...) Pour nous les approprier une action encore est requise : nous devons lire le livre, méditer son contenu (...). (...) l'achat doit bien nous avoir aussi donné ce droit (...) ».²³⁷

« La première chose cesse immédiatement avec la vente d'être une propriété de l'auteur, et devient exclusivement celle de l'acheteur (...) ; mais la seconde, en vertu de sa nature spirituelle, peut être commune à beaucoup, d'une telle façon que pourtant chacun la possède toute entière, cesse assurément avec la publication d'un livre d'être la propriété exclusive du premier maître (...), mais reste sa propriété commune avec beaucoup. Mais

²³³ *Ibidem*, p. 130. La contrefaçon est définie par Kant comme la reproduction sans l'autorisation de l'auteur : « Qui édite sans un tel contrat avec l'auteur (...) est un contrefacteur » (*Ibidem*, p. 128).

²³⁴ *Ibidem*, p. 129.

²³⁵ Fichte, *Preuve de l'illégitimité de la reproduction des livres, un raisonnement et une parabole* (1791), in Kant, *Qu'est-ce qu'un livre ? Textes de Kant et Fichte, traduits et présentés par Jocelyn Benoist*, PUF, 1995.

²³⁶ *Ibidem*, p. 163.

²³⁷ *Ibidem*, p. 142-44.

ce qu'absolument jamais personne ne peut s'approprier, car cela demeure physiquement impossible, c'est la forme de ces pensées, l'enchaînement des idées et les signes dans lesquels celles-ci sont exposées »;²³⁸

« Mais dans la publication de ses pensées, il ne peut pas avoir à l'esprit de rendre cette forme également commune : car personne ne peut s'approprier ses pensées sans en changer la forme. Aussi celle-ci demeure-t-elle pour toujours sa propriété exclusive ».²³⁹

Le papier change de propriétaire au moment de l'achat, car il ne peut en avoir plusieurs. Mais les idées, les pensées appartiennent à tout le monde. Comme Kant, Fichte était fidèle en cela à l'idéologie universaliste des Lumières : les pensées d'un individu lui appartiennent, mais si un autre individu partage les mêmes idées, elles lui appartiennent tout autant. Le public peut donc naturellement s'approprier les idées de l'auteur. Il s'agit d'un phénomène non commercial.

En d'autres termes, le contenu, parce qu'il est spirituel, peut être possédé tout entier par les différentes personnes qui se l'approprient, conformément à l'idéologie universaliste des Lumières. Mais la forme des pensées, exprimée à travers un texte, unique parce que propre à chaque personnalité, ne peut être appropriée (la personne étant inaliénable et digne de respect). La personne se trouve donc, pour Fichte, dans la parole ou l'expression, plus que dans la pensée qui lui préexiste : la pensée s'incarne dans une façon de penser (les ouvrages scientifiques, « sans forme », ne poseraient pas, selon lui, le même problème). Le droit personnel de l'auteur sous la forme d'un droit moral naturel, fondamental et inaliénable, est défendu, chez ce philosophe, dans la perspective de Locke : le travail est le prolongement de l'individu appropriant. A ses yeux, ce droit moral existe, même si certains ne veulent pas le faire appliquer, et le plagiat est dès lors immoral.²⁴⁰

« Si les écrivains anciens n'ont pas réfléchi au possible usufruit de leur paternité littéraire, ou, parce que cela ne les intéressait pas, ont laissé qui voulait libre de recopier leurs livres, et par leur silence y ont consenti, c'était assurément pleinement leur droit. Mais s'ils avaient voulu, ils auraient pu tout aussi bien le faire valoir que nous le faisons des nôtres : car ce qui est juste aujourd'hui l'a toujours été ».²⁴¹

Pour Fichte, personne ne peut revendiquer l'usufruit de la propriété de l'auteur sans son accord. Même si la contrefaçon s'avérait utile, y compris à la diffusion de l'œuvre, elle n'en serait pas moins illégitime. Quoiqu'il arrive, l'auteur conserve la propriété de son œuvre, et l'éditeur autorisé en détiendra l'usufruit, c'est-à-dire le droit d'en user de façon monopolistique.

²³⁸ *Ibidem*, p. 144-45.

²³⁹ *Ibidem*, p. 146.

²⁴⁰ La parabole utilisée par Fichte pour justifier la nécessité du droit d'auteur met en scène un chimiste, un vendeur exclusif et un voleur qui vend le produit à bas prix pour l'utilité publique, tout en reconnaissant la paternité du chimiste sur la potion. La morale de l'histoire est sans appel : jugé, le voleur est pendu ! Cette parabole est pourtant, selon nous, peu appropriée puisque, ce qu'elle met en scène, c'est un privilège sur une invention.

²⁴¹ *Ibidem*, p. 155.

Fichte, par contre, pas plus que Kant,²⁴² ne reconnaît l'existence d'un droit d'auteur sur les œuvres d'art²⁴³ ou les inventions techniques, mais il reconnaît les privilèges pour des raisons d'équité. Il introduit sur ce point la distinction moderne entre propriété littéraire et propriété intellectuelle conférée par le brevet : elles ne renvoient pas à une même ontologie.²⁴⁴ Même si l'objet technique a une face spirituelle, son caractère, selon lui purement intellectuel, ne lui permet pas d'exprimer la personnalité de son auteur. Concernant les « produits des arts mécaniques », il écrit en effet : « On peut par conséquent acquérir non seulement la propriété de la matière, mis encore sous certaines conditions aussi celle du concept selon lequel elle est travaillée ; et comme on a le droit d'utiliser sa propriété comme on veut, on a donc sans aucun doute aussi celui d'imiter cette œuvre d'art. Seulement, l'exercice de ce droit n'est pas équitable : il n'est pas équitable que l'homme qui a mis en œuvre son zèle, sa peine, et des frais pendant des années, soit frustré de tout le fruit de ce travail à la première publication du résultat de son travail (...). Mais comme en matière de profit il ne faut pas trop compter sur l'équité des autres, l'État s'entremet et, par une loi expresse, nommée privilège, transforme en droit ce qui auparavant n'était qu'affaire d'équité ».²⁴⁵

Les copies étant un droit naturel, mais « inéquitable » du point de vue de l'auteur, les privilèges ont pour fonction de transformer l'équité en droit ; l'État abolit ensuite ce droit dès que l'auteur est rémunéré, afin que les autres individus puissent jouir à nouveau de leur droit naturel.

Au 19^{ème} siècle, les héritiers spirituels de Kant et de Fichte, sur ces questions de propriété intellectuelle, soutinrent plus que jamais que les droits de propriété intellectuelle contribuaient à assurer la protection de la personnalité des auteurs qui s'exprime et se construit à travers leurs œuvres. Cette théorie eut beaucoup de succès en France, moins dans les pays anglo-saxons, davantage marqués par la théorie de Locke, puis par les penseurs utilitaristes. Au 20^{ème} siècle, le droit à la protection des intérêts moraux des auteurs de production scientifique, littéraire ou artistique est reconnu par la Convention internationale des Droits de l'homme (article 27.2).²⁴⁶

²⁴² Pour Kant également, l'œuvre d'art relève d'une autre ontologie. Même si son auteur s'y exprime, elle comporte une vie propre, autonome. Le texte ne pourrait, selon lui, pas être autonome par rapport à son auteur. La contrefaçon comporterait d'ailleurs ce risque (celui de rendre l'œuvre autonome par rapport à son auteur) : Kant, *op. cit.*, p. 130-131.

²⁴³ Il introduit toutefois ce qui deviendra la notion de propriété littéraire *et* artistique : « Le droit de l'acheteur de reproduire l'objet qu'il a acheté va aussi loin que la possibilité physique de se l'approprier ; et celle-ci décroît à mesure que l'œuvre dépend de la forme, que nous ne pouvons jamais nous approprier. Cette gradation s'échelonne en degrés imperceptibles, de la lampe d'études commune à la Nuit du Corrége » (Fichte, *op. cit.*, p. 159).

²⁴⁴ J. Benoist, *Introduction au texte de Fichte*, in Kant, *op. cit.*, p. 112.

²⁴⁵ Fichte, *op. cit.*, p. 159.

²⁴⁶ « Chacun a droit à la protection des intérêts moraux et matériels découlant de toute production scientifique, littéraire ou artistique dont il est l'auteur » : Déclaration universelle des Droits de l'homme de 1948, article 27.2.

6. Adam Smith, *La richesse des nations*, 1776 et John Stuart Mill, *Principes d'économie politique*, 1848 et *De la liberté*, 1859 : la tradition utilitariste

C'est en fonction de leurs conséquences qu'un partisan de l'utilitarisme juge toute action. C'est également le raisonnement qu'il tient face aux pratiques de protection de la propriété intellectuelle : celles-ci doivent réaliser un équilibre optimal entre les différents intérêts en jeu, de manière à atteindre la maximisation du bien-être social.²⁴⁷ Pour l'utilitarisme, le bien des individus est assimilé à leur niveau de bien-être, celui-ci étant interprété avec différentes nuances selon les auteurs. Les versions actuelles de l'utilitarisme y intègrent de nombreuses dimensions. L'utilité pour une personne y est définie comme l'indicateur des préférences individuelles,²⁴⁸ quel qu'en soit le contenu, à condition qu'elles restent rationnelles (c'est-à-dire ni contradictoires entre elles, ni fondées sur des erreurs de fait). Cette conception interdit de considérer certains droits individuels comme absolus si leur impact sur l'intérêt collectif est indésirable,²⁴⁹ car c'est la maximisation de la somme des utilités individuelles que poursuit l'utilitarisme.

Pour le libéralisme utilitariste, la liberté conduit généralement mieux au bonheur commun que la contrainte. Il s'agit donc de déterminer dans quels domaines il faut davantage de liberté et quelle réglementation est nécessaire, là où la liberté n'est pas à même de conduire au plus grand bonheur. Pour Adam Smith, si la liberté ne permet pas, dans un domaine particulier, d'accroître la richesse du pays, il faut alors chercher la meilleure réglementation possible, en faisant du bonheur de la communauté le critère ultime de jugement. Sur de nombreuses questions, A. Smith critique les libertés « naturelles »²⁵⁰. Voyons quelle était sa position en matière de propriété intellectuelle.

1) Adam Smith, *La richesse des nations*, 1776²⁵¹

Adam Smith, philosophe utilitariste et économiste écossais, inspirateur des économistes « classiques », considéré par beaucoup comme le père de la science économique moderne et comme l'un des fondateurs du libéralisme économique, se préoccupe davantage, il est vrai, dans *La Richesse des Nations*, des monopoles en général que de la propriété intellectuelle en tant que telle, malgré quelques considérations sur cette question particulière. C'est donc essentiellement par le biais du monopole que constitue la propriété intellectuelle et de la condamnation que fait Adam Smith des monopoles et de leurs conséquences que l'on peut tenter de déduire sa pensée en

²⁴⁷ La tradition utilitariste ne doit pas être confondue avec l'égoïsme individuel ou la maximisation de l'intérêt individuel. Il s'agit d'assurer le plus grand bonheur possible du plus grand nombre.

²⁴⁸ Comme le précise C. Arnsperger, les intérêts individuels lucidement élaborés ne sont pas nécessairement égoïstes, ils peuvent même être fortement altruistes : C. Arnsperger, C. Larrère, J. Ladrière, *Trois essais sur l'éthique économique et sociale*, INRA Editions, Paris, 2011, p. 26-27.

²⁴⁹ P. Van Parijs, *Ethique économique et sociale*, p. 15-17.

²⁵⁰ F. Vergara, *Les fondements philosophiques du libéralisme*, La Découverte, 2002.

²⁵¹ A. Smith, *La richesse des nations* (1776), Paris, Flammarion, 1991 (II tomes).

matière de propriété intellectuelle. Mais nous verrons que l'on peut nuancer ces conclusions par l'une ou l'autre considération de Smith sur la question de la propriété.

Le monopole

Pour Adam Smith, le monopole est incontestablement un encouragement à l'industrie concernée, mais la question se pose de savoir s'il est globalement propice à la société. Sa réponse consistera à montrer qu'orienter de façon artificielle l'industrie n'est peut-être pas ce qu'il y a de plus pertinent, la nécessité²⁵² guidant, selon lui, naturellement l'économie et l'industrie dans le sens le plus avantageux pour la société.²⁵³

Adam Smith semble donc globalement hostile aux monopoles « inventés par la caste des marchands », ²⁵⁴ sauf lorsqu'une espèce particulière d'industrie est nécessaire à la défense d'un pays.²⁵⁵ Ainsi, il n'hésite pas à écrire : « Qu'on détruise les privilèges exclusifs des corporations »²⁵⁶.

Les monopoles provoqueraient en effet des prix supérieurs au prix naturel, et les privilèges auraient le même effet :

« Un monopole accordé à un individu ou à une compagnie commerçante a le même effet qu'un secret dans un genre de commerce ou de fabrication. Les monopoleurs (...) vendent leurs marchandises fort au-dessus du prix naturel ; et que leurs bénéfices consistent soit en profits, soit en salaires, ils les font monter beaucoup au-delà du taux naturel. Le prix de monopole est le plus haut qu'il soit possible de retirer. Le prix naturel ou le prix résultant de la libre concurrence est au contraire le plus bas que l'on puisse accepter (...) » ;²⁵⁷

« Les privilèges exclusifs des corporations et toutes les lois qui, dans les branches d'industrie particulière ont pour effet de restreindre la concurrence à un plus petit nombre de personnes qu'il n'y en aurait sans ces entraves ont la même tendance que les monopoles, quoique à un degré moindre ».²⁵⁸

Les monopoles en général (et ceux du commerce des colonies, par exemple) ont un certain nombre d'effets négatifs :

²⁵² « Chaque individu met sans cesse tous ses efforts à chercher, pour tout le capital dont il peut disposer, l'emploi le plus avantageux ; il est bien vrai que c'est son propre bénéfice qu'il a en vue, et non celui de la société ; mais les soins qu'il se donne pour trouver son avantage personnel le conduisent naturellement, ou plutôt nécessairement, à préférer précisément ce genre d'emploi même qui se trouve être le plus avantageux à la société » : A. Smith, *Ibidem*, II, p. 40.

²⁵³ *Ibidem*, II, p.39-46.

²⁵⁴ Par exemple *Ibidem*, II, p. 49-50 ; p. 59 ; p. 87.

²⁵⁵ *Ibidem*, II, p. 49.

²⁵⁶ *Ibidem*, II, p. 59.

²⁵⁷ *Ibidem*, I, p. 132.

²⁵⁸ *Ibidem*, I, p. 132.

« Comme tous les autres expédients misérables et nuisibles de ce système mercantile que je combats, le monopole du commerce des colonies opprime l'industrie de tous les autres pays, et principalement celle des colonies, sans ajouter le moins du monde à celle du pays en faveur duquel il a été établi, mais au contraire en la diminuant » ;²⁵⁹

« A la vérité, le monopole élève le taux des profits mercantiles, et augmente par ce moyen le gain de nos marchands. Mais, comme il nuit à l'accroissement naturel des capitaux, il tend plutôt à diminuer qu'à augmenter la masse totale du revenu que recueillent les habitants du pays (...). Le monopole fait hausser le taux du profit, mais il empêche que la somme totale des profits ne monte aussi haut qu'elle n'aurait fait sans lui » ;²⁶⁰

« C'est ainsi que l'unique avantage que le monopole procure à une classe unique de personnes est, de mille manières différentes, nuisible à l'intérêt général du pays ».²⁶¹

Adam Smith fonde cette position sur la théorie de la main invisible (la liberté parfaite est nécessaire pour ajuster prix de marché et prix naturel) :²⁶²

« Toutes les différentes mesures et règlements du système mercantile dérangeant nécessairement plus ou moins cette distribution naturelle du capital, la plus avantageuse de toute. (...) le monopole est bien le grand ressort de ces règlements (...) » ;²⁶³

« Tout dérangement dans la distribution naturelle du capital est nécessairement nuisible à la société dans laquelle il a lieu, soit qu'il arrive parce qu'une partie du capital est repoussée d'un commerce particulier où elle se serait rendue sans cela, soit qu'il arrive parce qu'une partie du capital est attirée dans un commerce particulier où elle ne serait pas entrée ».²⁶⁴

Smith déplore par ailleurs que l'intérêt public passe après celui des marchands :

« Les plus cruelles de nos lois fiscales sont douces et modérées en comparaison de celles que les clameurs de nos marchands et de nos manufacturiers ont arrachées à la législature par le soutien de leurs injustes et absurdes monopoles. On peut dire de ces lois (...) qu'elles ont toutes été écrites avec du sang » ;²⁶⁵

« Blessier les intérêts d'une classe de citoyens, quelque légèrement que cela puisse être, sans autre objet que de favoriser ceux d'une autre classe, c'est une chose évidemment contraire à cette justice, à cette égalité de protection que le souverain doit indistinctement à ses sujets de toutes les classes ».²⁶⁶

Dans le même esprit, il écrit :

²⁵⁹ *Ibidem*, II, p. 224.

²⁶⁰ *Ibidem*, II, p. 225-226.

²⁶¹ *Ibidem*, II, p. 227.

²⁶² Par exemple, *Ibidem*, I, p. 126, p. 133 et p. 173.

²⁶³ *Ibidem*, II, p. 245.

²⁶⁴ *Ibidem*, II, p. 248.

²⁶⁵ *Ibidem*, II, p. 265.

²⁶⁶ *Ibidem*, II, p. 271.

« Dans le système que je combats (le système mercantile), l'intérêt du consommateur est à peu près constamment sacrifié à celui du producteur, et ce système semble envisager la production, et non la consommation, comme le seul but, comme le dernier terme de toute industrie et de tout commerce » ;²⁶⁷

« C'est uniquement pour le bénéfice de ce dernier (le producteur) que l'autre (le consommateur) est obligé de payer le renchérissement qu'un tel monopole ne manque presque jamais d'occasionner dans le prix des marchandises ».²⁶⁸

La propriété intellectuelle

Dans cette optique de rejet des monopoles, certaines pratiques d'appropriation intellectuelle sont condamnées par Adam Smith. Ainsi, à son époque, débaucher un ouvrier est passible de prison ; exercer ou enseigner son métier à l'étranger est punissable d'expropriation dans le pays d'origine. Ce qui lui fait écrire : « De tels règlements sont contraires à cette liberté civile si vantée (...), qu'on sacrifie ouvertement dans ce cas au misérable intérêt de nos marchands et de nos manufacturiers ».²⁶⁹

Adam Smith se serait toutefois peut-être montré plus souple sur la question de la propriété intellectuelle. Si, en libéral, il considère la majorité des monopoles comme nocifs, il admet aussi des exceptions à cette règle et conçoit alors qu'un monopole temporaire soit accordé. Pour la plupart des utilitaristes, l'octroi d'un monopole est en effet possible après une évaluation de l'utilité de prendre cette mesure. S'il est utile pour la collectivité (pour le bonheur de la communauté), le monopole doit être accordé, sinon il ne doit pas l'être :

« (Le monopole) est la manière la plus naturelle et la plus facile dont l'État puisse la (une société de marchands) récompenser d'avoir tenté les premiers hasards d'une entreprise chère et périlleuse, dont le public doit ensuite recueillir le profit. Un monopole temporaire de ce genre peut être justifié par les mêmes principes qui font qu'on accorde un semblable monopole à l'inventeur d'une machine nouvelle, et celui d'un livre nouveau à son auteur. Mais à son terme, le monopole doit certainement être supprimé ».²⁷⁰

Adam Smith ne se serait donc pas montré défavorable aux pratiques de propriété intellectuelle, mais uniquement démonstration faite de leur efficacité économique. Cette hypothèse est renforcée par le point de vue qu'il défendait concernant le travail, qu'il considérait par ailleurs comme la seule mesure de la valeur des choses,²⁷¹ et par sa théorie en matière de propriété, dont il parle dans des termes qui ne sont pas sans évoquer ceux de Locke, et même ceux

²⁶⁷ *Ibidem*, II, p. 279.

²⁶⁸ *Ibidem*, II, p. 279.

²⁶⁹ *Ibidem*, II, p. 278.

²⁷⁰ *Ibidem*, II, p. 380. Smith se positionne d'ailleurs très clairement contre le monopole perpétuel : « Par un monopole perpétuel, tous les autres citoyens se trouvent très injustement grevés de deux différentes charges : la première résultant du haut prix des marchandises que, dans le cas d'un commerce libre, ils eussent achetées à beaucoup meilleur marché ; et la seconde résultant de l'exclusion totale d'une branche d'affaires à laquelle plusieurs d'entre eux auraient pu se livrer avec du profit et de l'agrément » (*Ibidem*, II, p. 380).

²⁷¹ *Ibidem*, I, p.102.

de Diderot (cf. supra) : « La plus sacrée et la plus inviolable de toutes les propriétés est celle de son propre travail, parce qu'elle est la source originale de toutes les autres propriétés ».

Smith ajoute néanmoins, dans le sens de sa critique des monopoles : « Le patrimoine du pauvre est dans sa force et dans l'adresse de ses mains, et l'empêcher d'employer cette force et cette adresse de la manière qu'il juge la plus convenable, tant qu'il ne porte de dommage à personne, est une violation manifeste de cette propriété primitive ».²⁷²

Plus largement, et pour insister sur l'aspect « social » de sa philosophie, la possibilité d'accéder aux biens fondamentaux semble préoccuper Adam Smith lorsqu'il écrit : « Là où il y a une corporation exclusive, il peut être opportun de régler le prix de la première nécessité de la vie ».²⁷³

Fondamentalement, la démarche de Smith est dirigée contre les marchands qui recherchent les privilèges exclusifs²⁷⁴ et tirent le plus grand avantage des monopoles, au détriment des autres acteurs de la société.²⁷⁵ A ses yeux, d'ailleurs, le gouvernement d'une compagnie exclusive de marchands est le pire des gouvernements :

« (...) les marchands et les manufacturiers, qui, étant réunis dans des villes et accoutumés à cet esprit exclusif des corporations qui règne parmi eux, cherchent naturellement à obtenir contre leurs compatriotes ces mêmes privilèges exclusifs qu'ils ont déjà, en général, contre les habitants de leurs villes respectives ; aussi semblent-ils avoir été les premiers inventeurs de ces entraves à l'importation des marchandises étrangères, qui leur assurent le monopole du marché intérieur ».²⁷⁶

2) John Stuart Mill, *Principes d'économie politique*, 1848 et *De la liberté*, 1859

Philosophe utilitariste, défenseur des libertés individuelles et, néanmoins, du rôle de l'État dans la redistribution des richesses, John Stuart Mill, dans ses *Principes d'économie politique*, juge que « le blâme qui s'attache aux monopoles ne doit pas s'étendre aux brevets ».²⁷⁷ En effet, cet avantage « indemnise l'inventeur de ses frais et le récompense du service qu'il a rendu ». Sans cela, « ces frais et ces travaux ne seraient faits par personne ou seulement par des personnes très riches ou très généreuses ou l'État devrait évaluer le service rendu par l'inventeur et lui accorder une gratification pécuniaire ». Cette dernière solution « peut être faite sans inconvénient lorsque le service rendu au public est très apparent ». Mais un privilège temporaire est, selon lui, préférable « parce que la récompense est proportionnée à l'utilité de l'invention (...) et qu'elle est payée par

²⁷² *Ibidem*, I, p. 198.

²⁷³ Smith (chap. X, Livre I), cité par Vergara, *op. cit.*

²⁷⁴ Smith, *op. cit.*, II, p. 49, p. 86.

²⁷⁵ *Ibidem*, II, p. 46.

²⁷⁶ *Ibidem*, II, p. 48.

²⁷⁷ Jeremy Bentham, fondateur de l'utilitarisme, était favorable aux brevets, la récompense individuelle incitant à produire des richesses : M. Buydens, *op. cit.*, p. 369.

ceux qui profitent du service rendu ». ²⁷⁸ En d'autres termes, plus l'utilité publique de l'invention est grande, et moins il serait « préférable » de la rendre libre d'accès... ²⁷⁹ Ce qui, pourtant, n'empêche pas Mill d'affirmer ailleurs que le devoir de l'État est guidé par le même objectif éthique que celui de l'individu, celui de concourir au bonheur général, et qu'il lui revient également la tâche d'« entreprendre toute activité désirable pour l'intérêt général si cette activité n'est pas de nature à rémunérer les individus ou les associations qui l'entreprendraient » ce qui pourrait justifier sans problème que l'État accorde une récompense pécuniaire à l'inventeur. ²⁸⁰

Dans l'ouvrage *De la liberté* ²⁸¹ qu'il voulait récapitulatif de sa pensée, Mill n'évoque pas la problématique de la propriété intellectuelle en tant que telle. Mais il traite, par contre, comme Smith, des monopoles et des limites et restrictions au libre-échange. Il établit deux principes en matière de liberté. Selon le premier principe, l'individu ne peut être contraint lorsque ses actions n'ont aucune répercussion négative sur autrui. Selon le second principe, la société a le droit d'intervenir lorsque les actions individuelles sont susceptibles de nuire à autrui, mais il faut encore déterminer, dans chaque cas, s'il est réellement utile qu'elle applique la contrainte : souvent, la liberté individuelle reste, ici aussi, plus efficace que la contrainte pour atteindre l'objectif souhaité. ²⁸²

Pour Mill, la concurrence (qui découle de la liberté économique) n'est pas une atteinte à autrui, sauf si elle utilise la fraude, la duperie, la violence. ²⁸³ Au contraire, elle est recherchée : « On reconnaît que le seul moyen d'obtenir à la fois des prix bas et des produits de bonne qualité, c'est de laisser les producteurs et les vendeurs parfaitement libres, sans aucun contrôle que l'égale liberté pour les acheteurs de se fournir ailleurs. Telle est la doctrine dite « du libre-échange » qui repose sur des bases différentes, mais non moins solides que le principe de liberté individuelle ». ²⁸⁴

Les restrictions au commerce sont par conséquent indésirables :

²⁷⁸ John Stuart Mill, *Principes d'économie politique*, Paris, 1854, Guillaumin et Cie, vol. 2, livre 5, chap. 10, p. 536-537.

²⁷⁹ C'est à nouveau en vertu du « principe » selon lequel la somme des intérêts privés *doit* conduire à l'intérêt public (théorie de la main invisible) que ce raisonnement est soutenu.

²⁸⁰ Mill, cité par F. Vergara, *op. cit.*

²⁸¹ John Stuart Mill, *De la liberté*, Gallimard, 1990.

²⁸² F. Vergara, *op. cit.* Voir Mill, *Ibidem*, p. 208 : « Le seul fait de vivre en société impose à chacun une certaine ligne de conduite envers autrui. Cette conduite consiste premièrement à ne pas nuire aux intérêts d'autrui, ou plutôt à certains de ses intérêts qui, soit par disposition expresse légale, soit par accord tacite, doivent être considérés comme des droits (...) » (p. 176-177); « Les maximes sont les suivantes : premièrement, l'individu n'est pas responsable de ses actions envers la société, dans la mesure où elles n'affectent les intérêts de personne d'autre que lui-même » (p. 207) ; « Deuxièmement, pour les actions portant préjudice aux intérêts d'autrui, l'individu est responsable et peut être soumis aux punitions sociale et légale, si la société juge l'une ou l'autre nécessaire à sa propre protection ».

²⁸³ Mill, *Ibidem*, p. 208-209.

²⁸⁴ *Ibidem*, p. 209.

« Les restrictions imposées au commerce ou à la production commerciale sont en effet des contraintes ; et toute contrainte, en tant que contrainte, est un mal » ;²⁸⁵

« Si elles sont condamnables, c'est parce qu'elles ne produisent pas vraiment les résultats escomptés ». ²⁸⁶

La question des limites et restrictions à imposer au libre-échange ne se pose toutefois pas dans les termes d'un « droit naturel » qu'on ne pourrait enfreindre :

« Le principe de la liberté n'étant pas impliqué dans la doctrine du libre-échange, il ne l'est pas davantage dans les questions qui se posent sur les limites de cette doctrine » ;²⁸⁷

« De telles questions n'impliquent des considérations de liberté que dans la mesure où il vaut toujours mieux laisser les gens livrés à eux-mêmes que de les contrôler ; mais il est indéniable qu'ils peuvent en principe être contrôlés ». ²⁸⁸

Certaines restrictions au commerce impliquent toutefois des questions relatives à la liberté et aux droits des individus : cela peut se produire dans le cadre de certaines pratiques monopolistiques, par exemple :

« D'autre part, il y a les questions relatives à l'intervention dans le commerce qui sont essentiellement, elles, des questions de liberté, telles que (...) tous les cas où le but de l'intervention est de rendre certains produits difficiles ou impossibles à obtenir. Ces interventions sont contestables non pas tant parce qu'elles empiètent sur la liberté du producteur ou du vendeur, mais parce qu'elles empiètent sur la liberté de l'acheteur ». ²⁸⁹

La liberté d'accès au produit ou à un bien équivalent semble donc constituer un critère important pour Mill, clairement opposé aux monopoles, sauf, si l'on en croit ce qui précède... dans le cas des brevets.

Mill apparaît comme un penseur manifestement sincèrement partagé : partagé entre son aspiration à la liberté et sa foi dans le principe de liberté économique d'une part, son désir de contribuer au bien public et son constat des impacts des comportements d'accumulation matérielle sur la condition humaine d'autre part. Ainsi, par exemple, il constate (parce qu'il ne peut que le constater),²⁹⁰ avant de le réfuter (parce ses principes libéraux ne peuvent l'admettre), que la technique nuit au travailleur prolétaire.²⁹¹ Il refuse le communisme, bien que ce mouvement lui

²⁸⁵ *Ibidem*, p. 209.

²⁸⁶ *Ibidem*, p. 209. C'est de nouveau la théorie du libre-échange et l'explication de la main invisible qui font dire à John Stuart Mill, comme à Adam Smith ci-dessus, que les monopoles sont le plus souvent indésirables.

²⁸⁷ *Ibidem*, p. 210.

²⁸⁸ *Ibidem*, p. 210.

²⁸⁹ *Ibidem*, p. 210.

²⁹⁰ « Il n'est pas d'objet qui soit plus légitimement digne d'occuper le législateur que l'intérêt de ceux que la force des choses sacrifie ainsi au profit de leurs concitoyens et de la postérité » : Mill, *Principes d'économie politique*, T. 1, p. 116.

²⁹¹ *Ibidem*, Tome 1, p. 114.

soit manifestement sympathique,²⁹² et préconise de rechercher plutôt comment améliorer²⁹³ l'institution de la propriété privée pour réduire les excès et les inégalités qu'il déplore (« si la tendance de la législation eût été de favoriser la diffusion et non la concentration de la richesse... »). Il fait l'apologie de la concurrence, bien qu'il en reconnaisse les effets néfastes : « la concurrence peut ne pas être le stimulant le plus honnête, mais en ce moment, c'est un stimulant indispensable ».²⁹⁴ Il admet, citant un autre auteur, que « la racine des maux du monde industriel est l'exploitation du travail par le capital et la part énorme que les possesseurs des instruments de travail prélèvent sur les produits » ;²⁹⁵ il condamne le monopole et les entraves à l'accès aux biens, mais il ne voit pas de contradiction à défendre le brevet. Et il n'hésite pas à concéder, au terme de deux volumes de 500 pages de principes d'économie politique, que l'état stationnaire non matérialiste serait de loin l'état le plus désirable.²⁹⁶

De nos jours, la législation en matière de propriété intellectuelle repose en grande partie sur un raisonnement utilitariste.²⁹⁷

7. Friedrich Hegel, *Principes de la philosophie du droit*, 1821: droit moral et droit marchand

Dans *Principes de la philosophie du droit*,²⁹⁸ Hegel expose quelques considérations en matière de propriété intellectuelle et présente le droit d'appropriation de l'homme sur toute chose comme n'étant limité par aucune borne (sauf si cette chose est déjà appropriée par autrui) : même un libertarien tel que Nozick²⁹⁹ n'ira pas jusque-là.

Hegel reconnaît la légitimité d'un droit à la protection de la propriété de l'auteur ou de l'inventeur sur sa création :

²⁹² *Ibidem*, Tome 1, Livre 2, chapitre 1 (*De la propriété*), p. 229-249.

²⁹³ Ce qui est impossible si l'on s'en tient à la façon dont Mill conçoit idéalement la propriété légitime. Ainsi, voir *Ibidem*, Tome 1, p. 232, Mill imagine que dans la constitution de la propriété idéale, après une répartition primitive équitable des instruments de production, de la terre et des outils « on n'interviendra pas de nouveau dans cette division, une fois opérée. Les individus seront abandonnés à leurs propres efforts et aux chances ordinaires de la vie, pour faire un usage avantageux de ce qui leur aura été assigné ». C'est toujours la position de certains libertariens aujourd'hui.

²⁹⁴ *Ibidem*, Tome 2, p. 384.

²⁹⁵ *Ibidem*, Tome 2, p. 383.

²⁹⁶ *Ibidem*, Tome 2, Livre 4, chap. 5 (*De l'état stationnaire*), p. 353-359.

²⁹⁷ M. Buydens, *op. cit.*, p. 371.

²⁹⁸ Hegel, *Principes de la philosophie du droit* (1821), Paris, 1940, Gallimard.

²⁹⁹ La pensée de Nozick est abordée plus loin dans ce chapitre.

« C'est une matière (...) primordiale de protéger les sciences et les arts que d'assurer ceux qui y travaillent contre le vol et de leur accorder la protection de leur propriété ».³⁰⁰

Il distingue la propriété et ce qui forme, en partie, le cœur de la propriété intellectuelle, c'est-à-dire conférer à l'objet la qualité de capital:

« Il faut se demander si une telle séparation de la propriété de la chose et de la possibilité donnée avec elle de la reproduire est admissible logiquement et ne supprime pas la pleine et libre propriété, ensuite seulement il appartient à la volonté du premier producteur intellectuel de conserver cette possibilité pour soi ou de la vendre comme une valeur ou bien de n'y pas attacher de valeur pour soi et de l'abandonner avec l'objet particulier. Or, ce qui distingue cette possibilité, c'est de conférer à l'objet, en plus de la qualité de possession, celle de capital »;³⁰¹

« L'acquéreur d'un tel produit possède, par rapport à l'exemplaire particulier isolé, la valeur et le plein usage. Il est donc pleinement et librement propriétaire de l'objet particulier, quoique le compositeur de l'écrit ou l'inventeur du dispositif technique reste propriétaire du procédé universel qui permet de multiplier de tels produits puisqu'il n'a pas aliéné ce procédé, mais qu'il l'a réservé comme expression de ce qui lui est propre »;³⁰²

« Aussi, en acquérant cette chose, le nouveau propriétaire acquiert non seulement les idées et la découverte technique ainsi communiquées (possibilité qui, dans certains cas, fait la seule valeur de l'achat), mais en même temps le procédé général pour s'exprimer ainsi ou pour produire une multitude d'objets semblables ».³⁰³

La propriété est, pour Hegel, fondée sur la liberté humaine³⁰⁴ et le droit d'appropriation de l'homme sur toute chose :

« La personne doit se donner une sphère extérieure pour sa liberté, pour exister comme Idée »;³⁰⁵

« La personne a le droit de placer sa volonté en chaque chose, qui alors devient même et reçoit comme but substantiel (qu'elle n'a pas en elle-même), comme destination et comme âme, ma volonté. C'est le droit d'appropriation de l'homme sur toutes choses ».³⁰⁶

Ce droit d'appropriation de l'homme sur toute chose est une telle évidence, pour Hegel, qu'il ne prend guère la peine de le justifier :

³⁰⁰ Hegel, *op. cit.*, p. 112.

³⁰¹ *Ibidem*, p. 112.

³⁰² *Ibidem*, p. 111.

³⁰³ *Ibidem*, p. 110.

³⁰⁴ « (...) c'est (...) par la prise de conscience de soi comme libre qu'il prend possession de soi et devient la propriété de soi-même par opposition à autrui », *Ibidem*, p. 100.

³⁰⁵ *Ibidem*, p. 88.

³⁰⁶ *Ibidem*, p. 90. Et encore : « Mais la volonté du propriétaire qu'une chose soit sienne est la première base substantielle, dont le développement ultérieur, l'usage, n'est que le phénomène et la modalité particulière et ne doit venir qu'après ce fondement universel » (*Ibidem*, p. 103).

« Que la chose appartienne à celui qui se trouve chronologiquement le premier à en prendre possession est une règle superflue qui se comprend de soi-même, puisqu'un second ne peut prendre possession de ce qui est déjà la propriété d'un autre »;³⁰⁷

« La prise de possession fait de la matière de la chose ma propriété, car la matière pour soi n'est pas propre à soi-même ».³⁰⁸

En défenseur de la liberté individuelle, Hegel répugne par ailleurs à l'idée de propriété collective :

« Les règles qui concernent la propriété peuvent devoir être subordonnées à des sphères plus élevées du droit, à un être collectif, l'Etat (...). Pourtant (...), la représentation d'une fraternité des hommes, pieuse ou amicale ou même forcée avec communauté des biens et suppression de la propriété privée, peut se présenter facilement à une mentalité qui méconnaît la nature de la liberté, de l'esprit et du droit (...) »;³⁰⁹

« La revendication présentée quelquefois de l'égalité dans la division de la propriété foncière ou même de toute la fortune existante, est une conception d'autant plus vague et superficielle que, dans cette particularité, interviennent non seulement la contingence extérieure de la nature, mais encore tout le domaine de la nature spirituelle avec sa particularité et sa diversité infinies et sa systématisation rationnelle. On ne peut pas parler d'une injustice de la nature à propos de la répartition inégale de la possession et de la *fortune*, car la nature n'est pas libre et n'est donc ni juste, ni injuste. Désirer que tous les hommes doivent avoir un revenu pour leurs besoins n'est qu'un souhait de la moralité subjective, et dans cette expression vague, c'est une idée courante, mais comme tout lieu commun, sans objectivité ; d'autre part, le revenu est autre chose que la possession et appartient à une autre sphère : la société civile ».³¹⁰

La propriété intellectuelle, quant à elle, résulte, selon lui, du fait que la création est, en quelque sorte, une émanation de l'esprit libre :

« On peut se demander si l'artiste, le savant, etc. a la propriété juridique de son art, de sa science, de sa faculté de prêcher, de dire la messe, etc. (...). Sans doute, des connaissances, un savoir, un talent sont propres à l'esprit libre et lui sont intérieurs et non extérieurs, mais il peut aussi bien leur donner une existence extérieure par l'expression et les aliéner, et ainsi ils rentrent dans la catégorie : chose »;³¹¹

« (...) la totalité d'une force est la force même, comme l'ensemble des accidents est la substance, et l'ensemble des particularités est l'universel »;³¹²

L'idée d'un droit moral inaliénable provient de Hegel :

³⁰⁷ *Ibidem*, p. 96.

³⁰⁸ *Ibidem*, p. 96.

³⁰⁹ *Ibidem*, p. 95.

³¹⁰ *Ibidem*, p. 92.

³¹¹ *Ibidem*, p. 89.

³¹² *Ibidem*, p. 110.

« Par l'aliénation de tout mon temps de travail et de la totalité de ma production, je rendrais un autre propriétaire de ce qu'il y a de substantiel, de toute mon activité et réalité, de ma personnalité ».³¹³

La possibilité, accessible à tous, d'apporter des modifications, même infimes, à une œuvre,³¹⁴ modifications qui incitent à concevoir le « capital » ainsi obtenu comme la propriété de celui qui les a introduites, conduit finalement Hegel à l'idée selon laquelle seul l'honneur peut dicter une conduite réellement respectueuse de la propriété d'autrui :

« Ainsi le plagiat devrait être une affaire d'honneur et c'est l'honneur qui devrait retenir de le commettre ».³¹⁵

8. Robert Nozick, *Anarchie, État et utopie*, 1974 et Murray Rothbard, *Man, Economy and State*, 1970: deux points de vue libertariens³¹⁶

1) Robert Nozick, *Anarchie, État et utopie*, 1974

Ce qui distingue le plus manifestement les ultra-libéraux³¹⁷ des libéraux classiques évoqués plus haut, c'est leur hostilité à l'égard de l'intervention de l'État.³¹⁸ Le droit à la propriété intellectuelle devrait donc, suivant cette logique, entrer en conflit avec le principe de liberté économique (définie, par ces ultra-libéraux, comme la liberté d'échanger). Parmi les ultra-libéraux contemporains,³¹⁹ les libertariens³²⁰ (adeptes d'une liberté politique), en particulier, ont toujours été divisés sur la question de la propriété intellectuelle. Robert Nozick, philosophe américain, est

³¹³ *Ibidem*, p. 110.

³¹⁴ « Comme le produit de l'esprit a ce caractère d'être conçu par les autres individus et d'être assimilé à leurs représentations, à leur mémoire, à leur pensée et qu'il y a toujours quelque chose d'original dans l'expression par laquelle ils transforment ce qu'ils ont appris en une chose aliénable à son tour (...), ils finissent par considérer le capital ainsi obtenu comme leur propriété et peuvent revendiquer pour eux le droit d'en tirer une production », *Ibidem*, p. 113.

³¹⁵ *Ibidem*, p. 113.

³¹⁶ Il peut sembler non rigoureux sur le plan chronologique d'en venir aux libertariens contemporains avant d'aborder Proudhon et Marx, notamment. Mais il nous a semblé opportun de regrouper les différentes théories libérales (Locke, Smith, Mill, Hegel, puis les libertariens) dont on perçoit bien ainsi l'évolution, avant de développer les théories critiques à l'égard de la propriété.

³¹⁷ Les plus connus parmi les théoriciens à l'origine de ce courant sont Frédéric Bastiat, Herbert Spencer au 19^{ème} siècle, Friedrich Hayek, Milton Friedman, Ludwig von Mises, Jacques Rueff, Fritz Machlup au 20^{ème} siècle, etc.

³¹⁸ Selon Vergara, *op. cit.* « la question de l'harmonie de la société, c'est-à-dire la question de savoir si l'intérêt individuel coïncide avec l'intérêt collectif a trouvé deux réponses : celle des ultra-libéraux, selon laquelle ces deux intérêts coïncident toujours à condition que l'individu suive son intérêt tout en respectant les règles de la Justice, et celle des libéraux classiques, pour laquelle cette coïncidence a lieu « souvent », mais pas « automatiquement ». Pour Smith, en effet : « L'intérêt particulier de ceux qui exercent dans une branche particulière du commerce ou de manufacture est toujours, à quelques égards, différent et même contraire à celui du public ». Selon lui, lorsque l'accord n'existe pas entre l'intérêt particulier et l'intérêt collectif, l'État doit intervenir afin d'établir cet accord par des interdictions ou des encouragements appropriés ».

un des libertariens les plus cités sur la question de la propriété intellectuelle. Dans son ouvrage *Anarchie, Etat et utopie*, il ne mentionne pourtant cette problématique qu'à deux reprises.

Dans un premier passage, il expose les positions quelquefois diamétralement opposées des libertariens sur cette question, qui défendent tantôt les droits de propriété, tantôt la liberté individuelle :

« Arrêtons-nous, par exemple, sur le problème de savoir si le copyright de plein droit est légitime. Certains libertaires prétendent que ce n'est pas légitime, mais disent également que son effet peut être obtenu si les auteurs comme les éditeurs incluent dans le contrat, au moment où ils vendent les livres, une clause interdisant l'impression non autorisée, puis poursuivent en justice le livre pirate pour rupture de contrat ; apparemment, ils oublient que certaines personnes perdent parfois les livres, tandis que d'autres les retrouvent. D'autres libertaires ne sont pas d'accord avec ce point de vue.³²¹ Il en va de même pour les brevets. Si des personnes si proches de façon générale de la théorie peuvent se retrouver en désaccord sur un point aussi fondamental, deux agences protectrices libertaires peuvent trouver moyen de se disputer sur ce point. Une agence peut tenter de faire respecter une interdiction lorsqu'il s'agit d'une personne publiant un livre particulier (parce que ceci viole les droits de propriété de l'auteur) ou lorsqu'on reproduit une certaine invention que cette personne n'a pas inventée indépendamment, tandis qu'une autre agence combat cette interdiction en tant que violation des droits individuels. Les désaccords concernant ce qui doit être mis en application, comme le prétendent les **archistes** empressés, procurent encore une autre raison (en plus du manque de connaissance factuelle) pour l'appareil d'État (...) ».³²²

Une partie des libertariens pense en effet que le droit de propriété s'étend notamment sur le produit de son travail et de ses talents. Il s'agirait d'un droit naturel, que l'Etat le reconnaisse ou non.³²³ Un certain nombre de libertariens ne trouvent pas injuste (ils ne se situent toutefois pas dans le cadre d'un discours moral,³²⁴ mais dans le cadre de leur conception de la justice) de nuire

³¹⁹ Parmi les ultra-libéraux contemporains, on place généralement les néo-conservateurs (bien qu'ils ne soient pas libéraux au sens strict, particulièrement en matière de mœurs), les monétaristes (adeptes du libre-échange et de la dérégulation : par ex. Friedman) et les libertariens.

³²⁰ Le libertarianisme puise une partie de son inspiration dans la pensée libérale classique et dans les écrits philosophiques d'économistes autrichiens (Ludwig von Mises, Friedrich von Hayek). Mais il s'est surtout développé à partir des années 70 sous l'impulsion de philosophes et d'économistes nord-américains tels que David Friedman, Hille Steiner, etc. : P. Van Parijs, *op. cit.*, p. 29.

³²¹ Pour le premier point de vue, voir Rothbard, *Man, Economy and State*, vol. 2, Los Angeles, Nash, 1971, p. 654 ; pour le second, voir par exemple, Ayn Rand, *Patents and Copyrights, in Capitalism, The Unknown Ideal*, New York, New American Library, 1966, p. 125-129; Nozick, *op. cit.*, p. 416, n. 15.

³²² Nozick, *Anarchie, Etat et utopie*, p. 177-178.

³²³ Selon N. S. Kinsella, un libertarien qui a consacré un récent ouvrage à la propriété intellectuelle, Galambos, Schulman et Rand justifient la propriété intellectuelle sur base des droits naturels et, parmi les précurseurs des libertariens modernes, Spoonen et Spencer les justifient également sur base de la morale ou des droits naturels. Certains parmi ces auteurs en tirent des conclusions extrêmes : N. S. Kinsella, *Against intellectual property*, Ludwig von Mises Institute, Auburn, 2008, en libre accès sur https://mises.org/sites/default/files/Against%20Intellectual%20Property_2.pdf (page consultée le 13/12/2015).

³²⁴ La justice n'étant pas la seule vertu.

au bien-être d'autrui si les droits (de propriété) de chacun sont respectés. La justice consiste donc, selon eux, dans le respect des principes qui ont trait à la propriété, et ne concerne dès lors en rien les conséquences ou la structure d'une situation³²⁵ (par exemple, une inégalité flagrante).³²⁶ Le respect des droits prime également, pour certains d'entre eux, sur l'efficacité. Dans cette optique, le discours utilitariste, fréquemment associé aux systèmes de propriété intellectuelle, serait, à leurs yeux, inutile pour en justifier le caractère juste, et l'analyse conséquentialiste ou structurelle des rapports de force établis par les régimes de propriété intellectuelle et les droits accordés n'affecterait pas non plus cette position. D'autres libertariens estiment par contre que la propriété intellectuelle est un privilège qui n'existerait pas si l'État ne le reconnaissait pas : il devrait donc être aboli.³²⁷ A l'appui de leur position, ils font valoir que l'origine de la propriété intellectuelle réside, historiquement, dans des privilèges et un protectionnisme accordés par l'État et non dans un droit de protection des fruits du travail des auteurs. Entre ces deux positions, certains libertariens adoptent une attitude ambivalente, ou font appel à d'autres arguments pour se positionner dans ce débat.³²⁸

Dans un second passage, Nozick utilise l'exemple des brevets dans le cadre d'une discussion concernant la justice distributive :

« Le thème de quelqu'un qui détériore la situation d'un autre, en le privant de quelque chose qu'il aurait possédé dans une autre situation peut aussi éclairer l'exemple des brevets. Le brevet d'un inventeur ne prive pas les autres d'un objet qui n'aurait pas existé si l'inventeur ne l'avait pas inventé. Pourtant, les brevets auraient cet effet sur d'autres qui inventent l'objet de façon indépendante. Donc, ces inventeurs indépendants, sur lesquels le poids d'une découverte indépendante peut reposer, ne devraient pas être empêchés d'utiliser leur invention comme ils le désirent, y compris de la vendre à d'autres. De plus, un inventeur connu amoindrit de façon patente les chances d'une véritable invention indépendante. Car des personnes qui connaissent une invention en général n'essaieront pas de la réinventer et la notion de découverte indépendante resterait moins que claire. Pourtant, nous pouvons supposer qu'en l'absence d'une invention originale, quelque temps plus tard, quelqu'un d'autre en serait venu à l'inventer. Ceci suggère de placer une limite de temps aux brevets ; empiriquement, on évaluerait de façon approximative combien de temps il aurait fallu, en l'absence de connaissance de l'invention, pour faire une découverte indépendante. (...). Je crois que le fonctionnement libre d'un système de marché ne trahira pas véritablement la clause de Locke ».³²⁹

³²⁵ Van Parijs, *op. cit.*

³²⁶ Néanmoins, ils seraient favorables, si elle était possible, à une répartition égalitaire de toute la richesse matérielle avant de prendre un nouveau départ, puisqu'il est impossible de dire si la situation actuelle est juste ou non : Van Parijs, *op. cit.*

³²⁷ Certains rappellent le rôle que joue dans toute création l'ensemble des œuvres antérieures. De nombreux libertariens insistent sur les biens communs auxquels les pratiques de propriété intellectuelle empêcheraient l'accès. D'autres encore estiment illégitimes de tels droits qui lient la société, alors qu'elle n'y a pas consenti. Parmi les libertariens qui s'opposent à la propriété intellectuelle, Kinsella cite Rothbard, McElroy, Palmer, Lepage, Bouckaert, ainsi que lui-même, ou encore Tucker au 19^{ème} siècle : Kinsella, *op. cit.*

³²⁸ Le libertarianisme est en effet divisé en plusieurs tendances et subit l'influence de plusieurs écoles. Selon Kinsella, l'anarchiste D. Friedman, par exemple, justifie la propriété intellectuelle sur des bases économiques : Kinsella, *op. cit.*

Il faut, pour comprendre ce passage, et particulièrement sa dernière phrase, le replacer dans le contexte de la pensée de Nozick. Ce dernier cherche à démontrer qu'un État « un tant soit peu plus étendu qu'un État minimal qui se limite à des fonctions étroites de protection contre la force, le vol, la fraude, à l'application des contrats, etc. » n'est pas justifié : il enfreindrait les droits des personnes libres.³³⁰ Cet État minimal est le seul État juste. Il s'agit, plus précisément, d'un « État ultraminimal qui maintient un monopole sur toute utilisation de la force excepté celle qui est nécessaire dans un cas d'autodéfense immédiate (...) ; mais il fournit des services de protection et de respect des droits seulement à ceux qui achètent ses polices de protection et de défense ».³³¹ Pour prouver que seul cet État est légitime, Nozick développe une théorie de la justice qui est celle de l'habilitation³³² (*entitlement theory*). La théorie de l'habilitation est une théorie de la justice concernant l'acquisition originelle des possessions et leur transfert. Elle tente également de régler les problèmes survenant des injustices passées en matière d'acquisition ou de transfert de possessions :³³³

« Du point de vue de l'habilitation, (...) quiconque a fabriqué un objet, ayant acheté ou établi un contrat pour toute autre ressource possédée et utilisée dans le processus a des droits dessus (...). Les choses viennent au monde déjà rattachées à des gens ayant des droits sur elles (...) ;

« De chacun selon ce qu'il choisit de faire, à chacun selon ce qu'il fait pour lui-même (peut-être avec l'aide d'autres sous contrat) et ce que les autres choisissent de faire pour lui et choisissent de lui donner, prenant dans ce qui leur a été donné auparavant (selon cette maxime), ce qu'ils n'ont pas encore dépensé ou dont ils ne se sont pas encore défaits par transfert ».³³⁴

Nozick démarre sa réflexion à partir de Locke, qui a tenté de cerner un principe de justice dans le cas de l'acquisition.³³⁵ Pour Locke, le fait de mêler son travail à un objet nous en rend propriétaire. Pourquoi ? Selon Nozick, cherchant à percer les raisons qu'avait Locke de

³²⁹ R. Nozick, *op. cit.*, p. 227.

³³⁰ *Ibidem*, p. 9. En effet, à ses yeux, l'État élargi qui tente de mettre en œuvre une justice distributive instaure une sorte de propriété partielle sur les gens, leurs actions et leur travail (notamment via l'impôt) : *Ibidem*, p. 215.

³³¹ *Ibidem*, p. 45.

³³² Pour le libertarianisme, qui conçoit la justice sous la forme de la liberté (contrairement à l'utilitarisme qui la définit comme le bonheur), la dignité humaine prime sur les impératifs collectifs. Cette dignité humaine réside dans la liberté de choix individuelle exercée dans le cadre et les limites d'un système de droits de propriété, qui inclut notamment le droit de propriété sur son corps. A ce fil conducteur s'ajoutent plusieurs principes qui permettent de réguler la propriété des objets extérieurs, tels que ceux exposés par Nozick (cf. texte ci-dessus) : ceux-ci peuvent soit s'acquérir par le biais d'une transaction volontaire avec le propriétaire antérieur du bien, soit résulter d'une création personnelle réalisée sans recours à autre chose que soi-même et des biens acquis de la manière décrite dans le principe précédent. Enfin, un principe d'appropriation originelle sur les ressources naturelles, les biens et les idées explique l'origine du processus d'appropriation. La version la plus simple de ce principe est celle d'Israël Kirzner : elle peut se résumer par la formule « premier arrivé, premier servi ». Certains libertariens refusent cependant un tel principe. C'est le cas, par exemple, de Nozick qui reprend, à sa façon, la limitation lockéenne au droit de propriété : Van Parijs, *Ethique économique et sociale*.

³³³ Nozick, *op. cit.*, chapitre 6.

³³⁴ *Ibidem*, p. 200.

soutenir cette position, parce que l'on possède son propre travail, ou encore parce que la valeur de la chose est rehaussée...³³⁶ Quoiqu'il en soit, ce processus n'est pas envisageable si la situation des autres est rendue, du fait de cette appropriation, pire qu'elle ne l'était auparavant :³³⁷ en effet, Locke énonce une réserve à ce principe d'acquisition. Celui-ci n'est justifié, à ses yeux, que « dès lors que ce qui reste suffit aux autres, en quantité et en qualité ».³³⁸ Nozick dit souscrire à cette clause. Néanmoins, il s'aperçoit, en poursuivant sur la voie de ce raisonnement, que toute personne s'appropriant quelque chose laisse toujours les autres personnes dans une position moins bonne qui limite leurs possibilités d'accès à la propriété :³³⁹ personne ne peut donc quasiment plus s'approprier quoi que ce soit... Était-ce vraiment ce que voulait dire Locke ? Nozick reformule l'idée de Locke afin d'éviter cette conséquence.³⁴⁰ Il distingue deux interprétations possibles de la clause de Locke : l'une rigoureuse et l'autre faible. L'interprétation rigoureuse voudrait éviter, « si rien d'autre ne contrebalançait la diminution des possibilités d'agir », ³⁴¹ d'une part qu'une appropriation par X ne cause, pour Y, l'impossibilité d'améliorer sa propre situation par une appropriation et, d'autre part, qu'Y ne puisse plus utiliser librement ce qu'il pouvait utiliser antérieurement.³⁴² L'interprétation la plus faible, en faveur de laquelle plaide Nozick, ne tient pas compte de la première de ces deux conditions :

« (...) car bien que la personne ne puisse plus s'approprier quelque chose, il peut lui rester quelque chose à utiliser comme auparavant » ;³⁴³

« On peut argumenter que personne ne peut légitimement se plaindre si la condition la plus faible est satisfaite ».³⁴⁴

Robert Nozick expose donc l'idée selon laquelle une appropriation est illégitime si et seulement si ceux qui sont privés du bien approprié se retrouvent dans une situation pire que dans la situation « naturelle » où tout serait accessible à tout le monde, c'est-à-dire s'ils subissent des dommages nets, comme devenir plus pauvres ou devoir faire face à une diminution des ressources disponibles pour leur usage... mais il ajoute : « si rien d'autre ne contrebalance la diminution des

³³⁵ *Ibidem*, p. 218.

³³⁶ Ce qui peut donner lieu à un certain nombre d'objections, relevées d'ailleurs par Nozick : ainsi, nettoyer quelques centimètres carrés de Mars donnerait-il un droit sur cette planète ? Mélanger du jus de tomate à la mer donne-t-il un droit à la mer ? etc. : *Ibidem*, p. 218.

³³⁷ *Ibidem*, p. 220.

³³⁸ Locke, *op. cit.*, section 27.

³³⁹ Nozick, *op. cit.*, p. 220.

³⁴⁰ Historiquement problématique pour un américain.

³⁴¹ Nozick, *Ibidem*, p. 220.

³⁴² *Ibidem.*, p. 220.

³⁴³ *Ibidem*, p. 221.

³⁴⁴ *Ibidem*, p. 221.

possibilités d'agir ». ³⁴⁵ Or, il se fait qu'incontestablement, selon lui du moins, les régimes de propriété intellectuelle s'avèrent meilleurs que l'état de nature :

« Ici on voit entrer les différentes et familières considérations sociales favorisant la propriété privée : ³⁴⁶ elle augmente la production de la société en mettant les moyens de production dans les mains de ceux qui peuvent les utiliser plus efficacement (avec profit) ; (...) etc. ». ³⁴⁷

Ainsi, dans le cas des brevets, bien que l'accès à l'invention soit indéniablement limité par le brevet, celle-ci n'aurait pas vu le jour sans les efforts de l'inventeur. Le brevet est donc, finalement, à l'origine d'un gain pour le consommateur, et non d'une perte. ³⁴⁸

Au total, ce n'est pas à la structure qui résulte d'une situation d'acquisition qu'il faut s'intéresser (à ses conséquences éventuelles...), mais « à la façon particulière dont les actions touchant l'appropriation affecte les autres ». ³⁴⁹ Nozick va jusqu'à soutenir que les droits de propriété l'emportent sur les autres prétendus « droits » :

« Il y a une objection majeure à parler du droit de chacun à différentes choses telles que l'égalité des chances, la vie, etc., et à défendre ce droit ; c'est que ces « droits » requièrent une infrastructure de choses, de matériel et d'actions ; de plus, d'autres gens peuvent éventuellement avoir des droits sur les différentes choses citées. Personne n'a droit à quelque chose dont la réalisation requiert certaines utilisations de choses et certaines activités sur lesquelles d'autres gens ont des droits et des titres (*entitlements*). Les droits et les titres d'autres personnes sur des choses particulières et la façon dont ils choisissent d'exercer ces droits et ces titres fixent le milieu extérieur de tout individu donné et les moyens dont il disposera ». ³⁵⁰

Nozick réserve encore d'autres positions surprenantes, notamment sur la question du principe de compensation, qu'il considère comme une solution plus appropriée que la prohibition dans le cas d'une action risquée :

³⁴⁵ *Ibidem*, p. 220.

³⁴⁶ Sa vision présuppose les explications de la main invisible : « Chaque individu ne poursuit que son propre bénéfice, et il est en ceci, comme en bien d'autres cas, conduit par une main invisible en vue d'atteindre un but ultime qui n'était nullement dans ses intentions » : Nozick, *Ibidem*, p. 37. Nozick mentionne quelques « exemples » (discutables) d'« explications » de la main invisible, dont les explications liées à la théorie de l'évolution des caractéristiques des organismes et des populations (mutation aléatoire, sélection naturelle, dérive génétique, etc.), les explications, en écologie, de la régulation des populations animales, etc. : *Ibidem*, p. 38-39.

³⁴⁷ *Ibidem*, p. 221. En conséquence, la compensation s'avère, en pratique, la plupart du temps inutile ! Et la clause lockéenne ne justifie pas un Etat plus étendu (*Ibidem*, p. 284) : CQFD (du moins pour Nozick) !

³⁴⁸ Nozick ajoute, il est vrai, que la fidélité à Locke implique, dans le cas des brevets, que deux personnes qui inventent le même objet indépendamment l'une de l'autre doivent recevoir toutes deux la possibilité de le fabriquer et de le vendre - ce qui semble peu compatible avec la logique de concurrence industrielle à laquelle participe le droit des brevets -, et d'autre part que, pour la même raison, les brevets ne devraient pas durer plus longtemps que la moyenne du temps nécessaire pour permettre à quelqu'un d'autre d'inventer le même objet - ce qui paraît relativement difficile à calculer.

³⁴⁹ *Ibidem*, p. 226.

³⁵⁰ *Ibidem*, p. 293.

« (...) nous n'avons pas besoin de formuler le principe avec exactitude. Nous n'avons besoin que de revendiquer l'exactitude de certains principes tels que le principe de compensation, qui requiert que ceux qui imposent une interdiction sur les activités risquées offrent une compensation à ceux qui sont désavantagés puisqu'on leur interdit de se livrer à ces activités risquées ».³⁵¹

Selon lui, les activités « mal dirigées » (préjudiciables à autrui) sont le fait de droits de propriété privée « qui n'étaient pas clairs » (terres publiques, etc.).³⁵²

Il surprend encore lorsqu'il s'exprime sur le thème de la solidarité :

« Avons-nous besoin de dire qu'il n'est pas approprié de mettre en application dans une société élargie des relations d'amour et de soin qui sont appropriées à l'intérieur d'une famille, relations qui sont entreprises de façon volontaire ».³⁵³

Concernant l'interprétation libertarienne de la théorie lockéenne, une objection est quelquefois avancée : l'idée de faire du produit des talents d'une personne sa propriété revient à exagérer le caractère autonome du développement de ces talents et à nier le fait que ces talents et la capacité à les cultiver sont distribués arbitrairement. Cette position revient à avaliser cet arbitraire.³⁵⁴ Certains libertariens, qui, pourtant, continuent de partager le raisonnement de Locke, estiment d'ailleurs que chacun a un droit égal aux richesses de la terre.³⁵⁵ Les propriétaires devraient donc, selon eux, être soumis à une taxe dont le montant refléterait la valeur des ressources naturelles dont ils s'arrogent la propriété, celle-ci étant par la suite redistribuée également à tous...

Les positions de Nozick évoquées plus haut l'empêchent d'aboutir à une telle conclusion. Fidèle à ses quelques principes de « justice », il conclut toutefois l'un de ses chapitres sur ces mots : « (...) même s'il serait outrancier de vouloir instaurer le socialisme pour nous châtier de nos péchés, les injustices passées pourraient être si grandes qu'elles rendent nécessaires à brève échéance un État plus étendu afin de les rectifier ».³⁵⁶

Si la pensée de Nozick semble radicalement, voire outrancièrement au service des intérêts de l'individu propriétaire, que dire de celle de Murray Rothbard et d'Ayn Rand, auxquels il fait référence³⁵⁷ notamment sur la question de la propriété intellectuelle ?

³⁵¹ *Ibidem*, p. 115.

³⁵² *Ibidem*, p. 108.

³⁵³ *Ibidem*, p. 209.

³⁵⁴ C. Arnsperger, *op. cit.*, p. 34.

³⁵⁵ Par exemple, Hillel Steiner et Peter Vallentyne.

³⁵⁶ Nozick, *op. cit.*, p. 285.

³⁵⁷ *Ibidem*, p. 416.

2) Murray Rothbard, *Man, Economy and State*, 1970³⁵⁸

Selon Rothbard,³⁵⁹ économiste libertarien, les brevets sont des monopoles ; or, ce sont de véritables droits de propriété, comme des droits d'auteur, qui, à ses yeux, devraient protéger les inventions. Et le fait qu'il reconnaisse par ailleurs que « les inventions mécaniques sont plus des découvertes de lois naturelles que des créations individuelles » n'affecte en rien cette prise de position en faveur du droit de propriété sur les inventions :

« Les brevets sont l'octroi d'un privilège de monopole exclusif par l'Etat et constituent une invasion des droits de propriété du marché » ;

« Le droit d'auteur est un attribut logique du droit de propriété sur le marché libre, alors que le brevet est une invasion monopolistique de ce droit » ;

« Dès lors, si l'on veut conserver un marché libre, il est particulièrement important d'appliquer le principe des droits d'auteur et non des brevets aux inventions » ;

« Sur le marché libre, il n'y aurait donc pas de brevets. Il y aurait toutefois des droits d'auteur pour tout inventeur ou créateur qui le voudrait. Ces droits d'auteur seraient perpétuels et non limités pour quelques années. A l'évidence, pour être la pleine propriété d'un individu, un bien doit être possédé de manière permanente et perpétuelle par quelqu'un et par les héritiers qu'il désigne. Si l'Etat décrète que la propriété d'un homme cesse à une certaine date, cela veut dire que le véritable propriétaire est l'Etat, qui ne fait qu'octroyer l'usage de la propriété pendant un temps limité ».

Rothbard souligne par ailleurs les effets funestes des brevets, interventions honnies de l'État qui provoquent des distorsions graves en matière de recherche. Il ne semble pas réaliser que ces conséquences seraient nettement aggravées encore si des droits d'auteur perpétuels protégeaient les inventions :

« Les dépenses de recherche sont trop fortement stimulées avant que quelqu'un dépose un brevet, puis excessivement restreintes après le dépôt du brevet. (...) Le système a pour effet supplémentaire de stimuler artificiellement les dépenses de recherche dans le domaine des inventions brevetables et de restreindre artificiellement la recherche dans celui des inventions non brevetables ».

Remarquons au passage que la sacralisation du droit de propriété, notamment sur cette question, est loin d'être le seul fait des États-Unis. Un rédacteur du Figaro signa en effet le texte suivant :

« Si les propos caricaturaux de Stiglitz trouvent un écho évident chez les altermondialistes et si la théorie libertarienne peut paraître intellectuellement séduisante, le principe de réalité paraît, sur un tel sujet, devoir l'emporter. En effet, à partir du moment où des imitateurs potentiels existent, l'inventeur et l'industriel qui exploitent l'invention ne

³⁵⁸ Au 20^{ème} siècle, dans le domaine de l'économie, les idées libertariennes ont été reprises par l'école autrichienne d'économie, dont Rothbard est un représentant. Bastiat, économiste classique, précurseur de l'école autrichienne, écrivait : *la liberté n'est donc autre chose que la propriété de soi-même, de ses facultés, de ses œuvres* (cité par M. Buydens, *op. cit.*, p. 394).

³⁵⁹ M. Rothbard, *Man, Economy and State*, Los Angeles, Nash, 1970. La question de la propriété intellectuelle est abordée dans le chapitre 10 (*Monopoles et concurrence*), au point 7.7. Version numérique traduite en français sur http://www.catallaxia.org/wiki/Murray_Rothbard:L%27Homme,_l%27%C3%A9conomie_et_l%27Etat_-_chapitre_10 (page consultée le 9 décembre 2015). Cette traduction ne comporte pas de pagination.

peuvent être incités à investir dans la recherche et la perpétuelle amélioration des produits s'ils n'ont pas la certitude de pouvoir être véritablement propriétaires de leurs créations. L'intervention ponctuelle de l'État dans cette matière n'a donc rien de choquant (...). Cela ne signifie pas que l'État est créateur de ce droit. Celui-ci préexiste à l'accomplissement de ce formalisme, comme il en va de la propriété matérielle, mobilière et immobilière ».³⁶⁰

Dans la même veine, certains libertariens fondant la propriété intellectuelle sur le droit naturel aboutissent à des conclusions extrêmes.³⁶¹ Néanmoins, comme on l'a dit précédemment, tous les libertariens ne partagent pas ce point de vue sur la question de la propriété intellectuelle : face à ceux qui défendent un droit de propriété sur les inventions, d'autres défendent l'idée que les brevets violent le droit naturel des autres individus, ce qui, toutefois, ne fait pas nécessairement de ces derniers des partisans du partage de l'information. Certains soutiennent en effet que la protection de l'accès à l'information est du ressort de celui qui la crée : il reviendrait donc à l'auteur et à l'inventeur de trouver préalablement le moyen d'exclure adéquat, que ce soit par des stratégies commerciales ou technologiques.³⁶²

D'autres partisans de la liberté, en leur temps, relevèrent heureusement le niveau de ce débat. Ce fut, par exemple, le cas de Thomas Jefferson :

« Celui qui reçoit une idée de moi reçoit un savoir sans diminuer le mien ; tout comme celui qui allume sa bougie à la mienne reçoit la lumière sans me plonger dans la pénombre. Que les idées circulent librement de l'un à l'autre partout sur la planète, pour l'instruction morale et mutuelle de l'homme et l'amélioration de sa condition, voilà qui semble avoir été conçu à dessein par la nature bienveillante, quand elle les a créées, libres comme le feu qui s'étend partout, sans diminuer leur densité en aucun point, et comme l'air que nous respirons, dans lequel nous nous mouvons et nous situons physiquement, rétives au confinement et à l'appropriation exclusive. Les inventions, par nature, ne peuvent donc être sujettes à propriété ».³⁶³

9. Pierre-Joseph Proudhon, *Qu'est-ce que la propriété ?*, 1840 ; *Majorats littéraires*, 1862 ; *Théorie de la propriété*, publié à titre posthume

1) La propriété littéraire

La rédaction des *Majorats littéraires*³⁶⁴ de Proudhon, en 1862, est motivée par un projet de loi « ayant pour but de créer, au profit des auteurs, inventeurs et artistes, un monopole

³⁶⁰ Mathieu Laine, *Vers un monde sans brevet ?*, in le Figaro.fr, 17/07/2007, http://www.lefigaro.fr/debats/20070717.FIG000000018_vers_un_monde_sans_brevets.html (page consultée le 13/12/2015).

³⁶¹ Voir par exemple Spoonen, Rand, Galambos.

³⁶² Voir par exemple le libertarien Bertrand Lemennicier, *La propriété des inventions: propriété naturelle ou monopole?*, sur <http://ladoc.ffii.fr/lemennicierbrevets.pdf> (page consultée le 13/12/2015).

³⁶³ Thomas Jefferson, *Lettre à Isaac Mc Pherson*, 13 août 1813.

perpétuel », ³⁶⁵ un projet insuffisamment débattu, aux yeux de Proudhon. Ce projet de loi, à travers lequel les Français ont le sentiment « d'émanciper l'intelligence humaine », est fondé, constate Proudhon, sur « l'apophthème décisif, triomphant » selon lequel « la propriété littéraire est une propriété » ³⁶⁶ et sur l'opinion faisant autorité de Napoléon III, partisan de cette idée selon laquelle « l'œuvre intellectuelle est une propriété comme une terre, comme une maison, ; elle doit jouir des mêmes droits, et ne pouvoir être aliénée que pour cause d'utilité publique ». ³⁶⁷

Proudhon constate et déplore que ce projet de loi, porté par « la masse des gens de lettres, la coterie des économistes et la coalition des journalistes (...) s'imaginent faire œuvre de démocratie », là où, à ses yeux, elle ne contribue qu'à « démolir la Révolution et la liberté ». ³⁶⁸ Estimant que ce projet est en contradiction formelle avec le droit public et avec les principes de la Révolution, avec la tradition et le sens commun ³⁶⁹ et qu'à travers lui « la France semble devoir reculer jusqu'à la limite du régime aboli en 1789 », ³⁷⁰ Proudhon, qui précise qu'il n'agitera pour l'occasion ni « spectre rouge », ni opinion de « partages », ³⁷¹ utilise trois arguments, développés à travers trois chapitres, pour réfuter ce projet de loi d'une propriété intellectuelle permanente : une démonstration économique (chapitre 1), des considérations morales et esthétiques (chapitre 2), et les conséquences sociales qu'une telle réglementation ne manquerait pas, selon lui, de susciter (chapitre 3).

Proudhon repositionne d'emblée le débat autour de la question de la propriété : la question n'est en effet pas de savoir si l'auteur a droit à une rémunération, ce qui paraît aller de soi, mais elle est de savoir « de quelle nature est le droit de l'écrivain » et « si la création d'une propriété intellectuelle à l'instar de la propriété foncière ne repose pas sur une fausse assimilation, une fausse analogie ». ³⁷²

³⁶⁴ Proudhon, *Les majorats littéraires*, Bruxelles, Office de publicité, 1832, version digitalisée par Google livres sur <http://books.google.com> (page consultée le 13/12/2015) : les pages référencées sont donc celles de du document numérique.

³⁶⁵ Il s'agit du sous-titre du livre.

³⁶⁶ Proudhon, *op. cit.*, p. 19.

³⁶⁷ *Ibidem*, p. 24. Proudhon note que « quand il aura le temps de rire », il livrera au public des ouvrages de son époque tels que, par exemple, *La propriété intellectuelle démontrée par la métaphysique* : *Ibidem*, p. 17.

³⁶⁸ *Ibidem*, p. 13.

³⁶⁹ *Ibidem*, p. 20.

³⁷⁰ *Ibidem*, p. 21.

³⁷¹ *Ibidem*, p. 22.

³⁷² *Ibidem*, p. 25. Proudhon, dans cet ouvrage, refusa de céder aux exigences de ses censeurs, les paragraphes incriminés portant le plus souvent sur le fond même de la question traitée dans l'ouvrage, généralement celle de la propriété. Dans son *Avertissement*, il note que la censure, à son époque, est le fait de la loi, mais plus encore des privilèges de la librairie, de l'imprimerie et du journalisme, d'une censure officieuse opérant à tort et à travers sans la moindre intelligence du texte, et du veto des coteries et des intérêts : *Ibidem*, p. 11.

Réfutation économique

Dans le cadre de sa démonstration économique, Proudhon accepte de partir du présupposé des économistes selon lequel l'œuvre artistique ou littéraire est une production qui appelle un salaire. La production humaine ne consiste toutefois en rien d'autre, rappelle-t-il, qu'en « expression d'idées et déplacement de matière ».³⁷³ La distinction traditionnelle entre production matérielle et production immatérielle n'est d'ailleurs, selon lui, pas utile à cette démonstration car « il n'y a pas production de matière : tout se passe en idée et en déplacement ».³⁷⁴ Il n'y a pas non plus, à proprement parler, de création d'idées. L'homme reçoit les idées ; il découvre la vérité ; la beauté ou encore la justice se révèlent à son âme :

« Le fonds intelligible de la nature, de même que son fonds sensible, est hors de notre domaine : ni la raison ni la substance des choses ne sont de nous (...) nous n'en sommes pas les créateurs, nous n'en sommes que les voyants » ;³⁷⁵

« Voir à force de contempler ; découvrir à force de chercher ; brasser la matière et la modifier d'après ce que nous avons vu et découvert : voilà ce que l'économie politique appelle produire ».³⁷⁶

A ses yeux, l'individualisme ne peut pertinemment être mis en avant en matière de science et d'art :³⁷⁷

« Notre production est proportionnelle à nos forces, à notre organisation, à l'éducation que nous avons reçue, au milieu dans lequel nous vivons (...) et ce que je dis de l'insignifiance du produit individuel se rapporte aussi bien à la production philosophique et littéraire, qu'à la production industrielle » ;³⁷⁸

« Cette vérité (que le travailleur de la pensée estime avoir le premier) découverte et marquée de son sceau n'est qu'une étincelle qui brille un instant et demain sera éteinte devant le soleil toujours croissant de la raison générale » ;³⁷⁹

« Cette création du génie, comme nous l'appelons avec emphase, que nous déclarons sublime, a besoin d'être renouvelée sans cesse » ;³⁸⁰

« Un contemplatif a une idée ; un praticien s'en saisit et de ses mains la réalise. A qui donner la palme ? » ;³⁸¹

³⁷³ *Ibidem*, p. 27.

³⁷⁴ *Ibidem*, p. 27.

³⁷⁵ *Ibidem*, p. 28.

³⁷⁶ *Ibidem*, p. 28.

³⁷⁷ Dans *Qu'est-ce que la propriété ?*, publié en 1840, Proudhon s'était appliqué à lui-même ce même raisonnement : « En exprimant une idée parvenue à son terme, une idée qui possède toutes les intelligences, qui demain sera proclamée par un autre si je ne l'annonce aujourd'hui, je n'ai pour moi que la priorité de la formule. Donne-t-on des éloges à celui qui le premier voit poindre le jour ? » : Proudhon, *Qu'est-ce que la propriété ?* (1840), Librairie générale française, 2009, p. 133.

³⁷⁸ Proudhon, *Les majorats littéraires*, *op. cit.*, p. 29.

³⁷⁹ *Ibidem*, p. 29.

³⁸⁰ *Ibidem*, p. 29.

³⁸¹ *Ibidem*, p. 30.

« Mais cette idée (...) eut été produite demain par un autre, peut-être plus mal, peut-être mieux ».³⁸²

L'auteur a-t-il la propriété de son livre ? Aux yeux de Proudhon, certainement pas au sens où l'entendent les défenseurs d'une propriété intellectuelle perpétuelle de l'auteur :

« Un homme a écrit un livre : ce livre est à lui (...) comme le gibier est au chasseur qui l'a tué (...) mais pas d'équivoque. Il y a propriété et propriété. Ce mot est sujet à des acceptions fort différentes »,³⁸³

On ne peut conclure « de la propriété du produit à la création d'une nouvelle forme de propriété foncière ».³⁸⁴

« Ne passons donc pas si lestement de l'idée de production à celle de propriété, ainsi que l'a fait, en 1791, Le Chapelier »;³⁸⁵

« Certainement, le produit constitue l'avoir du producteur (...) mais cet avoir n'est pas encore du CAPITAL, encore moins de la PROPRIETE »;^{386 387}

« L'homme de lettres est producteur ; son produit lui appartient : on vous l'accorde. Mais, encore une fois, qu'est-ce que cela prouve ? ».³⁸⁸

La propriété peut-elle naître de l'échange ? En aucun cas, selon Proudhon : « La livraison faite et l'échange consommé, les parties ne se doivent rien ».³⁸⁹ Imaginons que l'on interdise à un élève d'enseigner un jour à son tour ce qui lui a été appris :

« Ce serait donner et retenir, ce qui est la destruction du principe d'échange »;³⁹⁰

« L'œuvre échangée n'est toujours qu'un produit, une chose fongible, consommable, le contraire de ce que nous appelons (...) fonds ou propriété ».³⁹¹

Il en est tout autrement de la propriété foncière : « Le fonds de terre n'est point le produit de l'homme ; il n'est point consommable ; et la propriété peut en être attribuée à tout autre que celui qui le façonne ».³⁹²

³⁸² *Ibidem*, p. 138-139.

³⁸³ *Ibidem*, p. 31.

³⁸⁴ *Ibidem*, p. 32.

³⁸⁵ *Ibidem*, p. 32.

³⁸⁶ En gras et majuscules dans le texte de Proudhon.

³⁸⁷ *Ibidem*, p. 32-33.

³⁸⁸ *Ibidem*, p. 34.

³⁸⁹ *Ibidem*, p. 35.

³⁹⁰ *Ibidem*, p. 38.

³⁹¹ *Ibidem*, p. 37.

³⁹² *Ibidem*, p. 39.

C'est le caractère intellectuel du produit échangé ici, que la consommation semble laisser tout entière³⁹³ et dont la communication, après le premier échange, peut se répandre à l'infini sans intervention du producteur,³⁹⁴ qui, selon lui, est à la source de ces erreurs. Pourtant, il en va des services du médecin, du professeur comme de tout produit échangé : « l'objet livré devient la propriété de celui qui le reçoit ». ³⁹⁵ Pour Proudhon, les lois restreignant l'exercice de la médecine aux diplômés ne relèvent pas d'un privilège : elles trouvent leur source dans le souci de protéger les malades ; il en va de même pour celles qui interdisent la reproduction d'un cours : elles préviennent la falsification de la pensée du professeur. Mais si le professeur retire un bénéfice de la publication de ses cours, « cela doit être considéré, en principe, comme double emploi »³⁹⁶ et éventuellement comme « une infraction à la règle du commerce, qui ne permet pas qu'une même marchandise soit payée deux fois ». ³⁹⁷ On pourrait également le justifier comme un complément d'honoraires,³⁹⁸ mais en aucun cas « on ne saurait en tirer la moindre induction pour la création d'une rente littéraire perpétuelle ». ³⁹⁹

Qu'en est-il de l'écrivain ? « S'il était fonctionnaire public, sa rémunération n'offrirait pas la moindre difficulté », ⁴⁰⁰ répond Proudhon, ce qui constitue bien la preuve, selon lui, que le fond du problème que pose la propriété intellectuelle ne relève pas de la propriété, mais de la façon de rétribuer les auteurs. Concernant cette rémunération, il défend le système du privilège temporaire traditionnel contre l'idée d'une rente perpétuelle : ⁴⁰¹ « L'auteur est un échangiste (...). Avec qui échange-t-il ? (...) c'est, EN GENERAL, ⁴⁰² avec le public. (...) il est clair que ledit écrivain doit être considéré comme entrepreneur de publicité, à ses risques et périls ; (...) il se forme entre lui et la société un contrat tacite, en vertu duquel l'auteur sera rémunéré à forfait, par un privilège temporaire de vente. Si l'ouvrage est très-demandé, l'auteur gagnera gros ; s'il est rebuté, il ne

³⁹³ *Ibidem*, p. 40.

³⁹⁴ *Ibidem*, p. 40.

³⁹⁵ *Ibidem*, p. 42.

³⁹⁶ *Ibidem*, p. 42.

³⁹⁷ *Ibidem*, p. 42. Proudhon constate que, tout en recevant des émoluments de l'État, les professeurs usent de leur autorité pour faire passer leur édition, alors que tout leur travail devrait revenir à l'État : *Ibidem*, p. 145-146.

³⁹⁸ Même si, pour Proudhon, *Ibidem*, p. 44 : « Il serait bien de faire disparaître tous ces bonis, reste de nos vieilles mœurs, où les notions économiques étaient peu exactes, où le juge recevait des épices, et le clergé jouissait de bénéfices ; où le noble cultivait avec le privilège des armes celui de la propriété, tandis que le cultivateur demeurait à toujours mainmorteable et corvéable ; où la liste civile du prince se confondait avec le trésor public ; où la production, enfin, était servitude, et l'échange escroquerie mutuelle ». Et si « les travailleurs de l'idée pure se plaignent d'avoir été mal servis », répond Proudhon, « et les serfs de la glèbe, les a-t-on traités à l'eau de rose ? » (*Ibidem*, p. 40).

³⁹⁹ *Ibidem*, p. 41.

⁴⁰⁰ *Ibidem*, p. 43.

⁴⁰¹ A ses yeux, il n'existe d'ailleurs que deux façons de rétribuer pour des œuvres de génie : via des appointements viagers ou via un privilège de vente à terme : *Ibidem*, p. 64.

⁴⁰² En gras et majuscules dans le texte de Proudhon.

recueillera rien. On lui accorde trente, quarante, soixante ans pour faire ses frais. (...) l'auteur, en un mot, est traité comme tout le monde ».⁴⁰³

A l'inverse, reconnaître la propriété littéraire à perpétuité, c'est « consacrer le parasitisme, l'iniquité ».⁴⁰⁴ En outre, « cette perpétuité serait un abandon du domaine public »⁴⁰⁵ puisque, par l'échange, le public devient propriétaire de l'ouvrage :⁴⁰⁶

« Si la communication a été payée, si un seul ouvrage a été vendu, il y a publication. Le prix payé implique pour l'acquéreur le droit d'user, de jouir, de faire part, de citer, de donner lecture ».⁴⁰⁷

Proudhon ajoute toutefois :

« On a dit que le contrefacteur, en réimprimant un livre, ne faisait qu'user de sa chose. En principe, cela est vrai. (...) Dans la pratique, il faut attendre l'expiration du privilège de l'auteur, parce qu'agir autrement serait frustrer l'auteur de sa rémunération légitime » ;⁴⁰⁸

« C'est parce que le public est saisi et rendu irrévocablement possesseur, en vertu de la publication, c'est parce qu'il y a eu échange que l'auteur et sa famille perdent la faculté de disposer souverainement du livre, en compensation duquel il leur est alloué un privilège de vente temporaire ».⁴⁰⁹

L'analogie entre « propriété intellectuelle » et propriété est-elle fondée ? Encore faudrait-il pouvoir expliquer les fondements de la propriété. Pour Proudhon : « c'est la plus grande question de notre siècle,⁴¹⁰ (...) problème d'autant plus difficile qu'elle (la propriété) semble reposer uniquement sur le principe condamné par l'Évangile, l'égoïsme ».⁴¹¹ Or « ces gens qui postulent pour la création d'une propriété littéraire à l'instar de la propriété terrienne (...) ne savent pas même ce qu'est la propriété foncière (...) ; ils n'en connaissent pas la fonction sociale ; ils sont

⁴⁰³ *Ibidem*, p. 45.

⁴⁰⁴ *Ibidem*, p. 48.

⁴⁰⁵ *Ibidem*, p. 49.

⁴⁰⁶ *Ibidem*, p. 49. Sur ce point, Proudhon rectifie la position de Le Chapelier qui soutenait que « le privilège de vente expiré, la propriété du public commençait » : en effet, selon Proudhon, « la propriété commence à la livraison ou à la réception de la marchandise. (...) Ne confondons pas la propriété de l'œuvre littéraire et le droit d'en débiter des exemplaires. La première a pour objet le contenu du livre ; elle finit pour l'auteur et commence pour le public à la mise en vente. Quant au privilège, qui n'est autre qu'une garantie de rémunération donnée à l'auteur (...), il finit également pour l'auteur (...) à l'expiration du délai fixé par la loi » : *Ibidem*, p. 52.

⁴⁰⁷ *Ibidem*, p. 52-53.

⁴⁰⁸ *Ibidem*, p. 53.

⁴⁰⁹ *Ibidem*, p. 55.

⁴¹⁰ *Ibidem*, p. 70. « Autre chose est le droit du cultivateur aux fruits obtenus par son travail, et autre chose la propriété du sol, que la société a pu lui octroyer par surcroît » (*Ibidem*, p. 77) ; « La propriété n'existe pas chez des nations nombreuses où elle est suppléée par un simple droit de possession » : (*Ibidem*, p. 85).

⁴¹¹ *Ibidem*, p. 71.

incapables d'en déduire les motifs et les causes (...) et si quelque critique s'avise de montrer le néant de leurs doctrines, toute leur réponse consiste à crier au blasphème ».⁴¹² Et quand bien même on ne ferait que prendre acte de l'existence de la propriété, qui doit avoir sa raison d'être dans la société et dans l'histoire,⁴¹³ « l'existence d'une propriété foncière ne saurait légitimer en aucune façon la création d'une propriété intellectuelle ».⁴¹⁴ En effet, « pour qu'il y eût une propriété intellectuelle, il faudrait que le gouvernement pût concéder à l'écrivain, à titre de domaine, le privilège des idées générales et des sujets d'étude qui sont le fonds commun des intelligences. Mais c'est justement ce qui est impossible, ce qui répugne au sens commun, et ce que d'ailleurs personne ne réclame. Comment donc, obligé de renoncer à l'analogie, décorerait-il du nom de propriété un simple privilège de reproduction et de vente, et cela, dans le but unique de créer à ses héritiers une sinécure ».⁴¹⁵ Non : « Le gouvernement ne peut faire qu'un contrat d'échange devienne un bail à rente perpétuelle ».⁴¹⁶

Considérations morales et esthétiques

Proudhon fonde ces considérations d'un second ordre sur la distinction entre choses vénales et non vénales, parmi lesquelles il compte les productions humaines les plus précieuses, l'art et la littérature.⁴¹⁷ A ses yeux, l'écrivain n'est pas uniquement producteur d'utilité :⁴¹⁸ il agit également dans une optique d'éducation morale, idéale : « Telle est la principale cause qui interdit toute appropriation dans le domaine intellectuel ».⁴¹⁹ Il en va de même, selon lui, pour la religion, la justice, la science, la philosophie, les arts et les lettres et le gouvernement :⁴²⁰ « Il en est du philosophe comme du magistrat comme du prêtre : sa vraie récompense est dans la vérité qu'il annonce ».⁴²¹ Proudhon n'hésite pas à écrire que les écrivains travaillent à l'exaltation de l'humanité,⁴²² que « le véritable artiste répand la beauté pour la seule joie d'embellir le monde ».⁴²³ S'il est vrai que tout est production de force, déplacement de matière, certains produits sont destinés à être consommés par les corps, les autres par les âmes. Les premiers sont

⁴¹² *Ibidem*, p. 76.

⁴¹³ *Ibidem*, p. 76-77.

⁴¹⁴ *Ibidem*, p. 77.

⁴¹⁵ *Ibidem*, p. 85.

⁴¹⁶ *Ibidem*, p. 84.

⁴¹⁷ *Ibidem*, p. 86.

⁴¹⁸ Pour laquelle il mérite une rémunération.

⁴¹⁹ *Ibidem*, p. 87.

⁴²⁰ *Ibidem*, p. 88.

⁴²¹ *Ibidem*, p. 92.

⁴²² *Ibidem*, p. 97.

⁴²³ *Ibidem*, p. 99.

échangés ; les autres distribués gratuitement, car cela est bon pour l'ordre social.⁴²⁴ Dans ce contexte, il ne peut exister de propriété intellectuelle.

L'idée de propriété intellectuelle découle en effet, selon Proudhon, de plusieurs faits déplorables : non seulement la défense inconsidérée de la propriété, mais, pis encore, la décadence qui va croissant depuis la Révolution, la lâcheté de conscience dont, selon lui, la vénalité littéraire et le projet de convertir les produits de génie en propriété sont une expression parmi d'autres.⁴²⁵ Proudhon déplore et dénonce en effet l'indifférence politique de la France : « Une nation tombée dans l'indifférence politique est dans la pire des conditions pour avoir une littérature politique ; il est fatal que les écrivains qui, dans les journaux ou dans les livres, traitent de matières politiques, économiques et sociales, deviennent insensiblement comme ces honnêtes employés qui servent leur pays sous tous les gouvernements ».⁴²⁶

Il dresse un bilan sombre de son époque, dont les conceptions en matière de propriété intellectuelle révèlent, selon lui, la décadence : « (la bourgeoisie) ne s'aperçoit pas qu'elle refait sous une autre forme le système aboli. La féodalité du capital jette ses fondements. (...) Nous sommes revenus au matérialisme primitif, au culte grossier et sans voile des intérêts ».⁴²⁷

Dans un passage censuré, il en vient à conclure que ce n'est même pas au pouvoir que sont vendus les journalistes, mais à leur capital...⁴²⁸ Et il précise : « Parce qu'elle a méconnu la première loi de l'homme de lettres, qui est le sacrifice, et qu'elle poursuit le profit, elle (la littérature) est devenue, en moins d'un demi-siècle, d'abord une littérature factice, puis une littérature de scandale, enfin une littérature de servilité ».⁴²⁹

Puis il conclut ces considérations morales et esthétiques : « Les Romains n'en étaient pas encore à distinguer les beaux-arts des métiers : nous au rebours, sommes revenus à les confondre. (...) Et que de gens, même parmi les lettrés, se figurent, *in petto*, que le génie ne manquerait pas s'il était grassement payé, et qu'un chef d'œuvre se peut fabriquer sur commande comme une maison ou un carrosse ! (...) (On s'imagine) que les lettres seront prospères quand les lettrés auront des rentes. (...) L'art se rabaisse au niveau de l'industrie. (...) Soit. (...) Des garanties de rémunérations aux auteurs, aux inventeurs, aux perfectionneurs, tant qu'on voudra : mais point de privilège, point de maîtrise, point de perpétuité. Partout, toujours, libre concurrence ».⁴³⁰

⁴²⁴ *Ibidem*, p. p. 100-102.

⁴²⁵ *Ibidem*, p. 104.

⁴²⁶ *Ibidem*, p. 113. Souligné dans le texte original. Le passage tout entier faisait d'ailleurs l'objet de censure.

⁴²⁷ *Ibidem*, p. 114.

⁴²⁸ *Ibidem*, p. 116.

⁴²⁹ *Ibidem*, p. 123.

⁴³⁰ *Ibidem*, p. 125-127.

2) La propriété

Proudhon a consacré sa vie et son intelligence, mis en péril sa réputation et perdu un temps la liberté pour l'étude des fondements de la propriété. Le contexte de cette étude justifie largement que nous examinions son cheminement et ses conclusions en la matière, car il s'agit de l'arrière-fond sur lequel reposent ses conceptions en matière de propriété intellectuelle.⁴³¹

Dans *Les Majorats littéraires*, dont nous venons de brosser rapidement le contenu, Proudhon se borne à poser la question suivante : « Quel fondement allons-nous alors donner à la propriété foncière, si ce fondement n'est ni dans la loi,⁴³² ni dans le travail,⁴³³ ni dans la conquête ou droit du premier occupant ?⁴³⁴ ⁴³⁵ Nous avons besoin de le savoir ; car, tel aura été trouvé le principe de la propriété foncière, tel sera, d'après mes contradicteurs, le principe ? non, le prétexte de la propriété littéraire »⁴³⁶

Il constate que le débat sur la propriété est censuré,⁴³⁷ alors qu'il s'agit d'une question fondamentale. Selon son analyse, l'économie politique ne conclut pas à la propriété : ni l'intérêt de la production, ni l'intérêt de l'agriculture ne commandent à son instauration, « puisque en tout pays la production agricole se fait le plus souvent par des fermiers, des métayers, non des propriétaires ».⁴³⁸ Il reste donc à déterminer et l'utilité sociale et les justifications de cette institution « qu'aucune philosophie n'a pu expliquer, et que - toutefois - rien ne saurait détruire ».⁴³⁹ *Qu'est-ce que la propriété ?*, en 1840, s'était attaché à démontrer la vacuité des justifications traditionnelles de la propriété : Proudhon ne désespère pas d'en trouver les véritables

⁴³¹ En effet, p. 417 de *Qu'est-ce que la propriété ?*, Proudhon déclare déjà, en conclusion de sa démonstration, que « le professeur dont l'état paie les leçons, et qui par l'entremise d'un libraire les vend au public une seconde fois, vole ». Page 385, il note que, se devant « tout entier à la société, sans laquelle il n'est et ne peut rien », l'homme supérieur par la force, le talent ou le courage « fait de lui-même un hommage volontaire à l'humanité », « ne voulant rien pour prix de ses services » : « voilà l'expression la plus haute de la justice et de la vertu ». Rien n'empêche toutefois qu'il soit admiré, applaudi et loué par la multitude des petits et des humbles.

⁴³² Il y oppose en effet l'objection suivante : « Mais on a abandonné ce système, entaché de partialité, d'arbitraire, et qui laisse sans réponse cette question redoutable : pourquoi le législateur, en partageant la terre et octroyant la propriété, n'a-t-il pas fait les parts égales et pris des mesures pour que, dans l'avenir, quel que fût le mouvement des populations, elles restassent égales ? » : Proudhon, *Les majorats littéraires*, p. 67-68.

⁴³³ Car « (...) cette manière de légitimer le démembrement du domaine commun et son appropriation par le travail est d'une souveraine injustice » : *Ibidem*, p. 67.

⁴³⁴ Repoussé avec indignation par les économistes et les jurisconsultes, selon *Ibidem*, p. 69.

⁴³⁵ Cette affirmation résulte du questionnement philosophique opéré dans *Qu'est-ce que la propriété ?*, dont Proudhon introduit d'ailleurs le premier chapitre par ces mots : « Je prétends que ni le travail, ni l'occupation, ni la loi ne peuvent créer la propriété ; qu'elle est un effet sans cause : suis-je répréhensible ? » : Proudhon, *Qu'est-ce que la propriété ?*, p. 130.

⁴³⁶ Proudhon, *Les majorats littéraires*, p. 68.

⁴³⁷ *Ibidem*, p. 125-127.

⁴³⁸ *Ibidem*, p. 75.

justifications et travaille, à l'époque des *Majorats littéraires*, à sa *Théorie de la propriété*, qui ne sera publiée qu'à titre posthume. C'est à l'analyse de ces deux œuvres, dont la première, à son époque, valut à Proudhon de subir l'opprobre publique et une réputation de sophiste, que nous nous livrerons dans les pages suivantes.

Proudhon, dans *Qu'est-ce que la propriété ?*, premier mémoire sur la propriété (antérieur aux *Majorats littéraires*), passe en revue les arguments classiques en faveur de la propriété.⁴⁴⁰ Ceux-ci démontrent l'utilité de la propriété - elle ferait mouvoir l'intelligence et permettrait la formation de capitaux - et son caractère intrinsèquement « juste », puisque l'occupation, le talent et/ou le travail, en somme le mérite personnel du plus fort, du plus rusé, du plus talentueux, etc., lui confèreraient une indiscutable justification. Ces arguments sont si puissants, remarque Proudhon, que la propriété dépasse l'individu pour se prolonger par-delà sa mort.⁴⁴¹

Proudhon avait noté le temps et l'énergie dépensés durant plusieurs siècles à tenter de justifier le droit de propriété privée, contrairement aux autres droits fondamentaux (liberté, égalité, sûreté). Malgré les déclarations des droits individuels, tous les hommes ne disposaient pas - et ne disposent toujours pas à l'heure actuelle - de la propriété et donc du droit correspondant ; il convenait donc probablement d'y apporter une explication : ce fut le mérite que confèreraient le talent, le travail ou l'occupation.

Ces efforts semblent avoir porté leurs fruits puisque les fondements de la propriété ne font plus, aujourd'hui, l'objet de grandes controverses philosophiques, et celles qui ont lieu sur les questions de propriété intellectuelle perturbent à grand peine les pratiques en la matière. Les arguments du talent, du travail ou de l'occupation (qui sont aussi ceux que l'on invoque dans le contexte de la propriété intellectuelle) sont pourtant bel et bien discutables. La discussion qu'en a faite Proudhon nous a parue digne de ne pas sombrer dans l'oubli - or cet auteur était, jusqu'il y a peu, rarement convoqué dans les débats contemporains - ;⁴⁴² c'est pourquoi nous en évoquons certains aspects ici, en espérant rendre au public le goût de sa lecture.

Objection à l'argument du talent

Comment rémunérer un génie comme Homère, se demande ce dernier, interrogeant l'argument du talent ? Ce que cela lui coûte en temps et en dépenses : pour Proudhon, en effet, le talent est une propriété collective dont l'individu est débiteur⁴⁴³ (par exemple lorsqu'il acquiert la formation et la fonction de médecin), et certains plus que d'autres (le médecin doit davantage à la

⁴³⁹ *Ibidem*, p. 76.

⁴⁴⁰ Les mêmes que ceux qui justifient aujourd'hui la propriété intellectuelle.

⁴⁴¹ La force de ces arguments touche également la notion de propriété intellectuelle aujourd'hui encore : la démonstration du caractère à certains égards injuste de la propriété intellectuelle pèse peu face à l'argument de son utilité économique ; inversement, celle de son inefficience voire, par certains aspects, de sa nocivité est balayée par des cris d'indignation rappelant sa « légitimité ».

⁴⁴² Depuis la crise financière, les positions de Proudhon sur le crédit, la spéculation, etc. ont provoqué la réédition de plusieurs de ses ouvrages.

société que le laboureur).⁴⁴⁴ L'homme ne s'appartient pas à cet égard : « Il y a tout à la fois en lui un travailleur libre et un capital social accumulé. (...) comme capital, il ne s'appartient pas, il ne s'exploite pas pour lui-même, mais pour les autres ». ⁴⁴⁵ Les génies ne méritent pas davantage, et les inégalités financières justifiées par le talent ne sont pas fondées (les hommes de talents préféreraient-ils devenir laboureurs ?). ⁴⁴⁶ Il est vrai que les talents sont multiples ; certains sont plus appréciés que d'autres, et l'on donne des valeurs d'opinion aux produits. Mais, pour Proudhon, les hommes sont tous associés : ⁴⁴⁷ la division du travail et la spécialisation profitent à tous : ⁴⁴⁸

« L'inégalité des facultés est la condition *sine qua non* de l'égalité des fortunes » ; ⁴⁴⁹

« On s'étonne que je refuse au génie, à la science, au courage, en un mot à toutes les supériorités que le monde admire, l'hommage des dignités, les distinctions du pouvoir et de l'opulence. Ce n'est pas moi qui le refuse, c'est l'économie, c'est la justice, c'est la liberté qui le défendent » ; ⁴⁵⁰

« En effet, si l'on compare œuvre à œuvre, que sont mes fromages et mes fèves au prix d'une Iliade ? Mais (...) je puis me passer de l'Iliade et attendre, s'il le faut l'Enéide ; Homère ne peut se passer vingt-quatre heures de mes produits » ; ⁴⁵¹

« Ce n'est pas la valeur intrinsèque, mais la valeur relative de la chose vendue qu'il s'agit de fixer. (...) Rien ne peut la fixer invariablement, parce qu'elle est fondée sur des besoins qui varient à chaque minute » ; ⁴⁵²

« Combien de clous vaut une paire de sabots ? (...) Le paysan qui ne sait ni lire ni écrire répond sans broncher : Autant qu'on en peut faire dans le même temps et avec la même dépense » . ⁴⁵³

⁴⁴³ Cette démonstration de Proudhon sape en partie l'argument du fondement moral d'un droit individuel à la propriété intellectuelle.

⁴⁴⁴ Proudhon, *Qu'est-ce que la propriété ?*, p. 276.

⁴⁴⁵ *Ibidem*, p. 276. « Le vase dira-t-il au potier : Je suis ce que je suis et je ne te dois rien ? » : *Ibidem*, p. 277.

⁴⁴⁶ « L'artiste, le savant, le poète reçoivent leur juste récompense par cela seul que la société leur permet de se livrer exclusivement à la science et à l'art : de sorte qu'en réalité, ils ne travaillent pas pour eux, mais pour la société qui les crée et qui les dispense de tout autre contingent » (*Ibidem*, p. 277). « Lors donc que la société, fidèle au principe de la division du travail, confie une mission d'art ou de science à l'un de ses membres, en lui faisant quitter le travail commun, elle lui doit une indemnité pour tout ce qu'elle l'empêche de produire industriellement, mais elle ne lui doit que cela. S'il exigeait davantage, la société, en refusant ses services, réduirait ses prétentions au néant. Alors obligé, pour vivre, de se livrer à un travail auquel la nature ne l'a pas destiné, l'homme de génie sentirait sa faiblesse (...) » (*Ibidem*, p. 278).

⁴⁴⁷ *Ibidem*, p. 376-377.

⁴⁴⁸ *Ibidem*, p. 260-263.

⁴⁴⁹ *Ibidem*, p. 262.

⁴⁵⁰ *Ibidem*, p. 265.

⁴⁵¹ *Ibidem*, p. 266.

⁴⁵² *Ibidem*, p. 268-269.

⁴⁵³ *Ibidem*, p. 270.

En conclusion :

« Tout produit demandé doit être payé ce qu'il a coûté de temps et de dépenses, ni plus ni moins : tout produit non demandé est une perte pour le producteur, une non-valeur commerciale » ;⁴⁵⁴

« Les fonctions les plus hautes ne deviennent possibles que dans les sociétés les plus puissantes » (puisque'il faut entretenir ces individus) ;⁴⁵⁵

« Mais cette condition physiologique du génie n'ajoute rien à ses droits sociaux ».⁴⁵⁶

Objection à l'argument du travail

Proudhon discute également l'argument du travail, utilisé lui aussi comme donnant un droit (un droit *naturel*) de propriété sur le produit qui en résulte. Or, si le travail donne lieu à un droit de propriété, raisonne Proudhon, les travailleurs doivent être propriétaires.⁴⁵⁷ Et si le travailleur détient un droit sur la chose qu'il a produite dans la proportion de son travail, il a droit à la participation aux produits et aux bénéfices.⁴⁵⁸ Le plus souvent, pourtant, le travailleur ne reçoit que son salaire. Mais le salaire n'est que le prix du travail quotidien pour l'employé, pas le partage de la valeur du bien produit. Le travailleur produit donc pour le bénéfice d'un autre - c'est le processus d'exploitation capitaliste.⁴⁵⁹ Il semble par conséquent, conclut Proudhon, que le travail donne surtout droit à la propriété lorsque l'on détient un droit d'occupation antérieur.⁴⁶⁰

A l'époque de Proudhon, des arrêts, semblables dans leur logique à certains arrêts récents sur des questions de propriété intellectuelle, posaient déjà problème dans le cadre d'une réflexion radicale sur la propriété : « Quelle est donc cette justice qui rend des arrêts comme celui-ci : « Attendu que par le travail la chose a changé de forme, si bien que la forme et la matière ne

⁴⁵⁴ *Ibidem*, p. 271. Dans cette optique, les différences de salaires ne sont pas justifiées (*Ibidem*, p. 255-60 et 438) si la durée de travail est égale, car la société paie des produits qui lui sont tous destinés, et la production d'un de ces produits par un individu empêche ce dernier de produire tous les autres. Cette règle concernant les salaires s'applique à tous, à l'exception des fainéants (*Ibidem*, p. 378). Proudhon précisera ce point dans son second mémoire et dans des écrits ultérieurs, réparant sur ce point plusieurs oublis : sur cette question, voir *Théorie de la propriété*, in *Œuvres posthumes de P.-J. Proudhon*, Paris, Librairie internationale, 1866 (livre numérisé par Google), p. 38, qui fait la synthèse de ses écrits à ce propos. Voir également *Ibidem*, p. 37 : « L'inégalité des salaires est injuste, puisque ces fonctions sont également utiles, et que par leur division, nous sommes tous associés dans la production ».

⁴⁵⁵ *Qu'est-ce que la propriété ?*, p. 271.

⁴⁵⁶ *Ibidem*, p. 272.

⁴⁵⁷ *Ibidem*, p. 240-245.

⁴⁵⁸ *Ibidem*, p. 243.

⁴⁵⁹ Pour Proudhon, un travail doit offrir une subsistance présente, ainsi qu'une garantie de subsistance future, sans quoi le travailleur aurait eu tout intérêt à cultiver ses terres pour subsister dans le futur, plutôt qu'à travailler pour un propriétaire : *Ibidem*, p. 246-250.

⁴⁶⁰ *Ibidem*, p. 239.

pouvant plus être séparées sans que l'objet soit détruit, il est nécessaire ou que la société soit déshéritée, ou que le travailleur perde le fruit de son travail ; Attendu que, dans tout autre cas, la propriété de la matière emporterait la propriété de ce qui s'y joint par accession, sauf dédommagement ; mais que, dans l'espèce, c'est la propriété de l'accessoire qui doit emporter celle du principal (...) ».⁴⁶¹

Proudhon y répond sans hésiter : « Ainsi, avec le travail naissait la possession privée, le droit dans la chose, *jus in re*, mais dans quelle chose ? Évidemment dans le produit, non dans le sol », ⁴⁶² ou encore « La propriété du produit n'emporte pas la propriété de l'instrument. ⁴⁶³

Et en admettant même « que le travail confère un droit de propriété sur la matière : pourquoi ce principe n'est-il pas universel ? ». En effet, « si, néanmoins, par le fait de son industrie, un travailleur peut s'approprier la matière qu'il exploite, tout exploitateur en devient, au même titre, propriétaire ». ⁴⁶⁴ Pourquoi cela ne fut-il pas le cas, si ce n'est en raison d'un prétendu droit du premier occupant ? ⁴⁶⁵

Comment, d'ailleurs, est-on passé du droit dans le produit au droit dans le sol et à la propriété permanente ? Selon Toullier cité par Proudhon, « L'agriculture fut une suite naturelle de la multiplication du genre humain, et l'agriculture, à son tour, favorisa la population, et rendit nécessaire l'établissement d'une propriété permanente ; car, qui voudrait se donner la peine de labourer et de semer, s'il n'avait la certitude de recueillir ? » Il suffisait, pour tranquilliser le laboureur, répond à cela Proudhon, de lui assurer la possession de la récolte : accordons même qu'on l'eût maintenu dans son occupation territoriale tant que par lui-même il aurait cultivé ; ⁴⁶⁶ c'était tout ce qu'il était en droit d'attendre, c'était tout ce qu'exigeait le progrès de la civilisation. Mais la propriété ! le droit d'aubaine sur un sol que l'on n'occupe ni ne cultive ; qui avait autorité pour l'octroyer ? qui pouvait y prétendre ? » ⁴⁶⁷

Proudhon poursuit son raisonnement : « (...) pour prémunir le faible contre les envahissements du fort, pour supprimer les spoliations et les fraudes, on sentit la nécessité d'établir entre les possesseurs des lignes de démarcation permanentes, des obstacles infranchissables. Chaque année voyait se multiplier le peuple et croître l'avidité des colons : on crut mettre un frein à l'ambition en plantant des bornes (...). Ainsi le sol fut approprié par un

⁴⁶¹ *Ibidem*, p. 201.

⁴⁶² *Ibidem*, p. 197.

⁴⁶³ *Ibidem*, p. 240.

⁴⁶⁴ *Ibidem*, p. 280.

⁴⁶⁵ *Ibidem*, p. 240.

⁴⁶⁶ Nous soulignons.

⁴⁶⁷ *Ibidem*, p. 201-202.

besoin d'égalité nécessaire à la sécurité publique et à la paisible jouissance de chacun. (...) l'égalité avait consacré la possession ; l'égalité consacra la propriété ».⁴⁶⁸

Il fallait au laboureur un champ à semer tous les ans, il fallait que l'homme de guerre ne se trouve pas dépossédé au retour d'une expédition : « on assigna à chacun un patrimoine fixe et inaliénable ».⁴⁶⁹ Mais, pour Proudhon, il s'agit là d'une ébauche d'organisation instinctive qui répond à des besoins sociaux, mais qui doit être affinée, car ses conséquences, notamment sa faculté d'exclusion, principe générateur de révolutions,⁴⁷⁰ et son viol de l'égalité et du libre arbitre,⁴⁷¹ n'avaient pas été prévues.⁴⁷² Ce qui lui fit écrire : « La reconnaissance universelle du droit de propriété ne légitime pas le droit de propriété ».⁴⁷³ Et encore : « L'autorité du genre humain, attestant le droit de propriété, est nulle,⁴⁷⁴ parce que ce droit, relevant nécessairement de l'égalité, est en contradiction avec son principe ».⁴⁷⁵

En résumé : dans l'esprit de Proudhon, seule la possession est légitime ; l'égalité est à la source de la propriété et la seconde ne peut renier la première :

« L'homme a besoin de travailler pour vivre (...). Ce besoin de produire fait son droit : or ce droit lui est garanti par ses semblables, envers lesquels il contracte pareil engagement. Cent mille hommes s'établissent dans une contrée grande comme la France, et vide d'habitants : le droit de chaque homme au capital territorial est d'un cent millième. Si le nombre de possesseurs augmente, la part de chacun diminue. (...) Ajoutez (...) que les moyens de travail restent toujours égaux et que chacun soit libre, et la société sera parfaite » ;⁴⁷⁶

« Et de tout cela ne doit-on pas conclure que toutes les fois qu'il naît une personne douée de liberté, il faut que les autres se serrent » ;⁴⁷⁷

« Les choses telles que l'eau, l'air, la lumière sont communes parce que indispensables ». Il en va de même pour la terre dont l'usage doit être réglé dans l'intérêt et pour la sûreté de tous. « Or l'égalité des droits, si la chose est limitée ne peut être réalisée que par l'égalité des possessions » ;⁴⁷⁸

⁴⁶⁸ *Ibidem*, p. 204 ; Nous soulignons.

⁴⁶⁹ *Ibidem*, p. 205. En résumé : « L'ordre public et la sécurité des citoyens ne demandaient que la garantie des possessions ; pourquoi la loi a-t-elle créé des propriétés ? » : *Ibidem*, p. 230. Sans doute pour veiller aux intérêts des orphelins, du citoyen absent, éloigné par le commerce, la guerre, la captivité, etc. : *Ibidem*, p. 231.

⁴⁷⁰ *Ibidem*, p. 393.

⁴⁷¹ *Ibidem*, p. 411.

⁴⁷² *Ibidem*, p. 205-206.

⁴⁷³ *Ibidem*, p. 208.

⁴⁷⁴ L'homme s'est d'ailleurs trompé sur une foule, sinon sur l'ensemble des autres choses : *Ibidem*, p. 208.

⁴⁷⁵ *Ibidem*, p. 208.

⁴⁷⁶ *Ibidem*, p. 193.

⁴⁷⁷ *Ibidem*, p. 192.

« Si, aux termes du pacte social, la propriété a pour condition l'égalité, du moment où cette égalité n'existe plus, le pacte est rompu et toute propriété devient usurpation ».⁴⁷⁹

Objection à l'argument de l'occupation

L'argument de l'occupation⁴⁸⁰ comporte lui aussi des failles incontournables, telles que l'arrivée de nouveaux-venus et la préexistence de la société . Si l'on en croit Victor Cousin, écrit Proudhon, pour devenir propriétaire, « il faut prendre possession par l'occupation et le travail (...) ». Or:

« (...) j'ajoute qu'il faut venir encore à temps, car si les premiers occupants ont tout occupé, qu'est-ce que les derniers venus occuperont ? » ;⁴⁸¹

« Car, si j'invoque le droit d'occupation, la société peut me répondre : J'occupe avant toi ; si je fais valoir mon travail, elle dira : C'est à cette condition seulement que tu possèdes ; si je parle de conventions, elle répliquera : Ces conventions établissent précisément la qualité d'usufruitier » ;⁴⁸²

« La propriété est le droit qu'a un homme de disposer de la manière la plus absolue d'une propriété sociale. (...) donc si la propriété est un droit naturel, ce droit naturel n'est point social, mais antisocial ».⁴⁸³

Proudhon ira jusqu'à écrire, annonçant la problématique des générations futures :

« Quand même la nation serait propriétaire, la génération d'aujourd'hui peut-elle déposséder la génération de demain ? Le peuple possède à titre d'usufruit ».⁴⁸⁴

L'argument de l'occupation devrait en réalité, continue Proudhon, conduire à l'égalité, les terres étant divisées par le nombre d'habitants et sans cesse repartagées selon son évolution : « Puisque tout homme a droit d'occuper par cela seul qu'il existe, et qu'il ne peut pas se passer pour vivre d'une matière d'exploitation et de travail ; et puisque d'autre part le nombre des occupants varie continuellement par les naissances et les décès, il s'ensuit que la quotité de matière à laquelle chaque travailleur peut prétendre est variable comme le nombre des occupants ; par conséquent, que l'occupation est toujours subordonnée à la population ; enfin, que la possession, en droit, ne pouvant jamais demeurer fixe, il est impossible, en fait, qu'elle devienne propriété. Tout occupant est donc nécessairement possesseur ou usufruitier, qualité qui exclut celle de propriétaire. Or, tel est le droit de l'usufruitier : il est responsable de la chose qui lui est confiée ; il doit en user conformément à l'utilité générale, dans une vue de conservation et de

⁴⁷⁸ *Ibidem*, p. 221.

⁴⁷⁹ *Ibidem*, p. 223.

⁴⁸⁰ « Le droit d'occupation ou de premier occupant est celui qui résulte de la possession actuelle, physique, effective de la chose » : *Ibidem*, p. 176.

⁴⁸¹ *Ibidem*, p. 190.

⁴⁸² *Ibidem*, p. 199.

⁴⁸³ *Ibidem*, p. 174.

⁴⁸⁴ *Ibidem*, p. 235.

développement de la chose ; il n'est point maître de la transformer, de l'amoindrir, de la dénaturer ; il ne peut diviser l'usufruit, de manière qu'un autre exploite la chose, pendant que lui-même en recueille le produit ; en un mot, l'usufruitier est placé sous la surveillance de la société, soumis à la condition du travail et à la loi de l'égalité. Par-là se trouve anéantie la définition romaine de la propriété : droit d'user et d'abuser, immoralité née de la violence, prétention la plus monstrueuse que les lois civiles aient sanctionnées. L'homme reçoit son usufruit des mains de la société, qui seule possède d'une manière permanente : l'individu passe, la société ne meurt jamais ».⁴⁸⁵

Pour le dire sommairement : l'argument de l'occupation a conduit à confondre la possession et la propriété. En réalité, cette dernière est impossible : l'homme ne peut être qu'usufruitier : « Dans l'homme qui naît et meurt, dans ce fils de la terre qui passe comme l'ombre, il n'existe, vis-à-vis des choses extérieures, que des titres de possession, et pas un titre de propriété ».⁴⁸⁶

La loi, faisant en partie fausse route, a changé la possession détenue à un moment donné en propriété⁴⁸⁷ : ce développement de la loi, et le principe d'égalité sur lequel il repose, ont au moins le mérite d'indiquer la voie à suivre pour établir un nouveau type d'organisation sociale.⁴⁸⁸ « Nous reconnâmes dans ces formes diverses de la justice humaine, les efforts spontanés de la raison venant au secours de l'instinct social ».⁴⁸⁹ Il s'agit maintenant d'aller au-delà de ce qui était « aperception d'un fait », « sentiment vague d'une loi », ⁴⁹⁰ « indication de la nature » et « de réformer ce qui dans la législation était mauvais ; de compléter ce qui était défectueux ; de concilier par de meilleures définitions ce qui paraissait contradictoire ».⁴⁹¹

En conclusion, selon Proudhon, la propriété n'a rien de naturel : soit elle résulte d'une conquête, soit elle est conférée par l'État, comme l'avait déjà remarqué Cicéron (c'est aussi le cas de la propriété intellectuelle). L'occupation, comme le travail, s'ils plaideraient réellement en faveur de la propriété, plaideraient autant pour le prolétaire demandeur que pour le « propriétaire » défendeur, mais jamais cette conclusion ne fut prise en compte. Proudhon conclut dès lors que la propriété est arbitraire. La propriété, comme le dit la formule désormais consacrée (Proudhon

⁴⁸⁵ *Ibidem*, p. 210-211.

⁴⁸⁶ *Ibidem*, p. 199.

⁴⁸⁷ *Ibidem*, p. 230.

⁴⁸⁸ Dénommé *anarchie* (définie comme l'absence de maître, de souverain) et basé sur la souveraineté de la raison exprimant la nécessité : *Ibidem*, p. 427-433.

⁴⁸⁹ *Ibidem*, p. 232.

⁴⁹⁰ *Ibidem*, p. 233.

⁴⁹¹ *Ibidem*, p. 233. En effet, « tel a été le progrès constant de l'esprit humain en ce qui concerne les phénomènes physiques et les créations du génie » (*Ibidem*, p. 234), pourquoi en serait-il autrement des règles de nos actions ?

entend en réalité par propriété « la somme des abus de la propriété »), « c'est le vol », ⁴⁹² le privilège, l'esclavage, l'inégalité, la servitude, l'usurpation, l'appropriation privée des communaux, de quelque chose de gratuit ou d'élaboré en commun. ⁴⁹³ Aux yeux de Proudhon, abolir la propriété résoudrait la pauvreté, mais cette voie conduirait aussi à la tyrannie de l'État : conscient des dangers de l'appropriation sociale et de ses conséquences autoritaires ⁴⁹⁴, il prônait donc une « petite propriété, sans concentration capitaliste », rejoignant en quelque sorte Cicéron, convaincu que « nous avons le droit de posséder seulement ce qui suffit à notre consommation ». Les problématiques écologiques nous conduisent aujourd'hui à une philosophie peut-être plus restrictive encore. ⁴⁹⁵

« La doctrine de Cicéron conclut droit à l'égalité ; car l'occupation étant une pure tolérance, si la tolérance est mutuelle, et elle ne peut pas ne pas l'être, les possessions sont égales ». ⁴⁹⁶ La démonstration de Proudhon met donc en lumière le caractère conventionnel de la propriété, jette le doute sur l'argument du talent, que l'on peut considérer comme le fondement moral de la propriété intellectuelle, dénonce l'appropriation privée des communaux ⁴⁹⁷ (argument de l'occupation) et de ce qui est élaboré en commun (argument du travail), ainsi que l'injustice, au regard de la communauté, des conséquences qui découlent des rapports de force qu'instaurent les droits de propriété ainsi justifiés.

Théorie de la propriété (posthume) ⁴⁹⁸ clôt la réflexion que Proudhon a menée sur le thème de la propriété tout au long de son existence, et dont on trouve des éléments dans chacun de ses ouvrages. ⁴⁹⁹ La théorie qu'il y présente a pu sembler contradictoire avec celle exposée notamment dans *Qu'est-ce que la propriété ?*. Il nous paraît donc important de mettre en lumière les éléments sur lesquels la réflexion de Proudhon est restée constante tout au long de sa vie, et de mettre l'accent sur les raisons qu'il fournit de son revirement sur la question de l'utilité sociale de la propriété.

⁴⁹² *Ibidem*, p. 129.

⁴⁹³ Les abus de la propriété intellectuelle conduisent certains à un constat identique.

⁴⁹⁴ *Ibidem*, p. 396 et 407-410 dénonce sans ambiguïté les méfaits du communisme (il parle de *communauté*).

⁴⁹⁵ Notre consommation ayant évolué depuis Cicéron.

⁴⁹⁶ *Ibidem*, p. 178.

⁴⁹⁷ Les pratiques contemporaines en matière de propriété intellectuelle se caractérisent également par une appropriation croissante, au détriment de l'accès du public, de ce qui a pu, par le passé, être considéré comme appartenant au domaine public. De ce fait, il nous paraît important de consacrer, plus loin dans cette étude, un développement sur l'importance de ces choses communes.

⁴⁹⁸ *Œuvres posthumes de P.-J. Proudhon*, Paris, Librairie internationale, 1866 (livre numérisé par Google).

⁴⁹⁹ L'ouvrage débute d'ailleurs, en son premier chapitre introductif, par une synthèse des apports de chaque ouvrage de Proudhon au sujet. Cette introduction n'a pas été rédigée par Proudhon lui-même, mais des annotations dans son manuscrit indiquaient la structure de l'introduction qu'il comptait rédiger et sans laquelle il s'était refusé à publier le livre, déjà prêt, pourtant, à l'époque des *Majorats littéraires*. Les auteurs de ce premier chapitre ont dès lors suivi cette structure et repris les passages importants de chaque moment de la réflexion de Proudhon afin de constituer cette synthèse sans trahir la pensée du philosophe.

Sur un certain nombre de points, la critique de la propriété à laquelle se livre Proudhon dans ce dernier ouvrage est fidèle à celle de ses premiers écrits. Il y énonce en effet les diverses justifications de la propriété - droit du premier occupant, droit positif,⁵⁰⁰ travail, manifestation du moi, expression de la liberté⁵⁰¹ - avant de les critiquer.⁵⁰² Ainsi écrit-il par exemple : « On demande, en effet, comment, si c'est la volonté, la liberté, la personnalité, le moi qui font la propriété, tout le monde n'est pas propriétaire ?... ».⁵⁰³ Il ajoute que, là où la possession tenait compte de la famille et impliquait l'égalité, le régime de la propriété place l'individu propriétaire au cœur du système politique, et les divisions et cessions qui affectent la propriété ont pour effet de créer des dépossédés en grand nombre et des grands propriétaires en nombre restreint.⁵⁰⁴

Fidèle également à la critique du communisme entamée par l'auteur dès ses premières publications, l'introduction de l'ouvrage insiste sur l'idée selon laquelle, si le communisme constitue la forme d'organisation originelle, il n'en pose pas moins problème dès que la communauté s'agrandit, l'homme étant réfractaire à l'obéissance⁵⁰⁵ et tendant à l'indépendance.⁵⁰⁶ Proudhon ajoutera, quelques pages plus loin, que la possession part de l'égalité et de la liberté pour s'enfoncer dans l'inégalité et la servitude.⁵⁰⁷ Par conséquent, « La communauté ne peut pas faire autrement que de laisser à l'individu qu'elle rend responsable une liberté d'action égale à sa responsabilité ».⁵⁰⁸ Cette liberté est indéfinie : elle doit aller aussi loin que le veulent l'intelligence, la force d'action et la dignité qui sont en elle.⁵⁰⁹ L'idée du « propre », par opposition au « commun », va donc surgir de la communauté,⁵¹⁰ mais, initialement, sous la forme de la possession,⁵¹¹ cette possession terrienne excluant toute disposition abusive.⁵¹² Avec le temps, la possession s'est transformée en propriété. Dans ce dernier ouvrage, Proudhon soutient que, là où

⁵⁰⁰ Faisant référence à Montesquieu et Bossuet.

⁵⁰¹ Faisant référence à Victor Cousin.

⁵⁰² Proudhon, *Œuvres posthumes, op. cit.*, p. 115-7. La pagination est celle du document numérisé publié sur Google.livres.

⁵⁰³ *Ibidem*, p. 116.

⁵⁰⁴ *Ibidem*, p. 113-4.

⁵⁰⁵ « Il n'y a d'autorité légitime que celle qui est légitimement subie » : *Ibidem*, p. 96.

⁵⁰⁶ *Ibidem*, p. 94-95.

⁵⁰⁷ *Ibidem*, p. 165.

⁵⁰⁸ « La communauté est obligée de s'abdiquer elle-même en présence de l'initiative personnelle » : *Ibidem*, p. 97.

⁵⁰⁹ *Ibidem*, p. 96.

⁵¹⁰ *Ibidem*, p. 100.

⁵¹¹ *Ibidem*, p. 101.

⁵¹² *Ibidem*, p. 105.

n'existe pas la propriété, là où elle est remplacée par la possession, surgit le despotisme et l'instabilité.⁵¹³

Dans le prolongement de ses écrits antérieurs, Proudhon s'interroge encore sur la raison d'être du caractère absolu du droit de propriété :

« (...) mais enfin pourquoi cet abus ? Pourquoi cette faculté de disposer absolument ? A-t-on jamais entendu parler d'une Loi, d'une Morale, qui autorise le vice, la débauche, l'arbitraire, l'impiété, le meurtre, le vol, le rapt (...) ? ».⁵¹⁴

Caractérisée par cet absolu, « la propriété est excentrique au droit ; elle dépasse le droit ; en sorte qu'on peut dire de la définition qui la pose, que c'est la reconnaissance légale d'une injustice, la légitimation au nom du droit, de ce qui n'est pas droit ». ⁵¹⁵

Toutefois, la position de Proudhon, dans cet ouvrage, sera de dire que la propriété est une fiction légale (en cela, il reste fidèle à son premier mémoire sur la propriété) *légitime dans ses motifs* :⁵¹⁶

« (...) la propriété, absolue de sa nature, a pu paraître au commencement (à Rome) une hypothèse aussi légitime, aussi morale, aussi rationnelle que la possession elle-même ; (...) la possession, conditionnelle, relève d'un absolu, l'Etat, ou, ce qui n'est pas plus rassurant, Dieu. Ne vaut-il donc pas mieux pour l'homme (...) ne relever que de son absolu personnel, de sa conscience ? » ;⁵¹⁷

« (...) nous voyons la propriété (...) sous-introduite par la possession, devenir insensiblement, à tort ou à raison, c'est ce qui reste à savoir, la formule, le signe et le gage de la liberté de l'homme, de l'inviolabilité de la famille, de la sécurité du producteur, en un mot, de tout ce qui constitue l'essence du droit ». ⁵¹⁸

Pour Proudhon, la propriété est légitime dans ses motifs car, en cherchant sa fonction dans ses fins, dans ses abus,⁵¹⁹ on comprend que cette fonction est libératrice,⁵²⁰ qu'elle agit comme une force révolutionnaire⁵²¹ contre l'absolutisme et les abus politiques, économiques et moraux,⁵²²

⁵¹³ *Ibidem*, p. 211.

⁵¹⁴ *Ibidem*, p. 111.

⁵¹⁵ *Ibidem*, p. 112.

⁵¹⁶ *Ibidem*, p. 240.

⁵¹⁷ *Ibidem*, p. 129.

⁵¹⁸ *Ibidem*, p. 142. Néanmoins, à ce stade, la question reste posée : « L'Humanité, en s'engageant dans cette voie absolutiste, a-t-elle fait fausse route ? La propriété est-elle vraiment une création de la spontanéité sociale, ou une aberration de l'appétit irascible des masses, qui croient triompher de l'absolutisme en le rendant universel, et, pour se soustraire au bon plaisir du prince, n'imaginent rien de mieux que de lui opposer leur propre arbitraire ? » : *Ibidem*, p. 142.

⁵¹⁹ *Ibidem*, p. 170

⁵²⁰ *Ibidem*, p. 165

⁵²¹ *Ibidem*, p. 144

qu'elle est créatrice de liberté, là où le communisme engendre la tyrannie,⁵²³ qu'elle se pose en contrepoids de l'état, alors que la possession, à l'inverse, en dépend,⁵²⁴ et qu'elle mène au triomphe de la liberté et de la justice à travers le rééquilibrage des deux forces en présence que constituent le droit absolu de l'état contre le droit absolu du propriétaire.⁵²⁵ Dès lors, faut-il considérer que Proudhon retourne, en quelque sorte, sa veste, prenant le parti de la propriété ? Selon nous, pas totalement. *Qu'est-ce que la propriété ?* assimilait les abus de la propriété à du vol. Dans *Théorie de la propriété*, Proudhon les considère simultanément comme un mal⁵²⁶ et comme un bien. En effet, si le principe de la propriété semble être le mal,⁵²⁷ sa fin n'en est pas moins un combat pour un bien : la dignité d'homme, l'indépendance du travail, la liberté d'entreprise :⁵²⁸

« On démêle, dans ce faisceau d'abus, une fonctionnalité énergique, qui éveille immédiatement dans l'esprit l'idée d'une destination hautement civilisatrice, aussi favorable au droit qu'à la liberté » ;⁵²⁹

« (...) l'égoïsme devient identique et adéquat en nous à la Justice ; (...) la règle de l'utile peut servir un jour de règle de droit (...) » ;⁵³⁰

« (...) une propriété qui cesserait d'être abusive, ou qui perdrait la faculté de l'être, redeviendrait possession pure et simple; elle ne serait plus propriété » ;⁵³¹

« (...) je n'entends en aucune façon glorifier l'abus, mauvais en soi, et que tout le monde voudrait abolir. Je veux dire que (...) on ne peut en connaître la destination (de la propriété) (...) que par l'étude de ses abus, sauf à rechercher ensuite (...) comment on pourra triompher de l'abus même ».⁵³²

Certes, la propriété est un obstacle à l'égalité des conditions et des fortunes ; mais « les États où l'on trouve le plus de liberté et d'égalité sont, selon Proudhon, ceux que régit la propriété ». Par conséquent, « la force par elle-même ne peut être dite bienfaisante ou malfaisante, abusive ou non abusive : elle est indifférente à l'usage à laquelle on l'emploie ; autant elle se montre destructive, autant elle peut devenir conservatrice (...) ».⁵³³ « Le même absolutisme

⁵²² *Ibidem*, p. 146

⁵²³ *Ibidem*, p. 151

⁵²⁴ *Ibidem*, p. 153

⁵²⁵ *Ibidem*, p. 154, 160

⁵²⁶ Il soutient que la propriété n'est rien d'autre que la manifestation de notre égoïsme, de notre concupiscence, d'une nature avare, asociale, etc. : *Ibidem*, p. 220.

⁵²⁷ *Ibidem*, p. 184.

⁵²⁸ *Ibidem*, p. 191.

⁵²⁹ *Ibidem*, p. 188.

⁵³⁰ *Ibidem*, p. 184.

⁵³¹ *Ibidem*, p. 118.

⁵³² *Ibidem*, p. 171.

⁵³³ *Ibidem*, p. 153.

produit tout à tour l'ascension et l'affaissement », le malheur étant que le comportement du propriétaire évolue vers la jouissance, le privilège, le parasitisme, etc.⁵³⁴

Une question reste cependant entière, et cruciale : le mal qu'engendre la propriété – l'iniquité si grande –, au cœur de la réflexion de Proudhon depuis ses premiers écrits, n'est-il pas plus grand que les bienfaits qu'elle occasionne ?⁵³⁵ Ou encore : peut-on purger d'abus la propriété ?⁵³⁶ La réponse de Proudhon sur ce point est, dans cet ouvrage, négative : en effet, selon lui, la force libératrice de la propriété réside justement dans sa capacité d'abus qui lui permet d'éviter l'ingérence de l'État. Réglementer et conditionner la propriété reviendrait donc à la tuer :⁵³⁷ il s'agit là de la chose à ne pas faire... Que faire donc ? Si Proudhon avait ici conclu que rien ne peut être fait, on aurait pu, effectivement, l'accuser d'inconstance. Mais ce n'est pas exactement le cas. Il écrit en effet :

« La transformation de la propriété porte sur son équilibre » ;⁵³⁸

« C'est par la justice que la propriété se conditionne, se purge, se rend respectable » ;⁵³⁹

« Il s'agit de trouver son équilibre, équilibre sans cesse instable, variable selon le développement même des sociétés » ;⁵⁴⁰

« La propriété en soi n'étant pas juste, comment la rendrais-je juste ? » ;⁵⁴¹

« La propriété doit s'incliner devant le sens commun et devant la morale ».⁵⁴²

Mais comment ? L'ouvrage s'achève sur un certain nombre de directives et de suggestions à cet égard, dont le cœur est la généralisation de la propriété à l'ensemble des non-propriétaires, le partage égal des terres selon le nombre de personnes, et l'établissement de garanties visant à protéger la propriété de chacun contre les abus de tiers. En effet, la propriété « ne constitue pas tout le système » : elle est entourée de conditions.⁵⁴³ Le droit d'abuser est absolu, mais l'État aussi constitue un absolu et interdit de violer la propriété du voisin :⁵⁴⁴ « l'abus de la propriété se neutralise donc par les garanties dont l'État prend soin de l'entourer, de même que l'absolutisme

⁵³⁴ *Ibidem*, p. 191.

⁵³⁵ *Ibidem*, p. 189.

⁵³⁶ *Ibidem*, p. 191.

⁵³⁷ *Ibidem*, p. 192.

⁵³⁸ *Ibidem*, p. 66.

⁵³⁹ *Ibidem*, p. 66.

⁵⁴⁰ *Ibidem*, p. 68.

⁵⁴¹ *Ibidem*, p. 81.

⁵⁴² *Ibidem*, p. 180.

⁵⁴³ *Ibidem*, p. 192. « Elle (la propriété) vit dans un milieu organisé, entourée d'un certain nombre de fonctions analogues et d'institutions spéciales, sans lesquelles elle ne pourrait subsister, avec lesquelles, par conséquent, il faut qu'elle compte » : *Ibidem*, p. 193.

⁵⁴⁴ *Ibidem*, p. 209.

de l'État se régularise, devient justice et vérité, par la réaction du propriétaire ». ⁵⁴⁵ Jusqu'alors, l'abus a tué la propriété : il lui a manqué des garanties. ⁵⁴⁶ Il convient donc de l'entourer de garanties politiques et économiques - ⁵⁴⁷ son équilibre en dépend -, et de décupler ses moyens ⁵⁴⁸ par sa généralisation et le concours d'autres institutions. ⁵⁴⁹ En effet, si l'État protège mal les propriétaires, s'il y a favoritisme, les grands propriétaires, les gros entrepreneurs absorberont les petits. ⁵⁵⁰ Il faut donc donner aux non-propriétaires les moyens d'arriver à la propriété, et veiller à ce que les propriétaires remplissent mieux leurs devoirs envers le gouvernement. ⁵⁵¹ A cet égard, le citoyen doit devenir son propre et plus sévère surveillant ⁵⁵². Mais il convient aussi de partager les terres selon le nombre de personnes, ⁵⁵³ de procéder à une distribution égale de terres, ou d'un équivalent pour ceux qui ne possèdent rien ⁵⁵⁴. Il est vain de donner au peuple les droits politiques, si on ne lui donne pas, au préalable, la propriété. ⁵⁵⁵ En d'autres termes, jusqu'alors, les apologistes de la propriété ont voulu la propriété, mais indépendamment du droit. ⁵⁵⁶

Pour autant, Proudhon ne disconvient pas du fait que la propriété reste une expression de l'égoïsme humain et que, pour sa part, son cœur « ne sera jamais à elle », ⁵⁵⁷ la possession lui suffisant. ⁵⁵⁸

10. Karl Marx (1818-1883)

⁵⁴⁵ *Ibidem*, p. 210.

⁵⁴⁶ *Ibidem*, p. 210.

⁵⁴⁷ *Ibidem*, p. 255.

⁵⁴⁸ *Ibidem*, p. 226.

⁵⁴⁹ *Ibidem*, p. 224.

⁵⁵⁰ *Ibidem*, p. 194.

⁵⁵¹ *Ibidem*, p. 235.

⁵⁵² *Ibidem*, p. 252.

⁵⁵³ *Ibidem*, p. 198.

⁵⁵⁴ *Ibidem*, p. 253.

⁵⁵⁵ *Ibidem*, p. 170.

⁵⁵⁶ *Ibidem*, p. 259.

⁵⁵⁷ *Ibidem*, p. 260-2.

⁵⁵⁸ *Ibidem*, p. 261.

1) Marx et la propriété

A notre connaissance,⁵⁵⁹ Marx n'aborde pas la problématique de la propriété intellectuelle en tant que telle; néanmoins la propriété est au cœur de sa réflexion, et cette réflexion jette un éclairage inédit sur notre problématique.

La critique des droits de l'homme par Marx est en grande partie liée à sa critique du droit de propriété :

« Constatons avant tout le fait que les « droits de l'homme », distincts des «droits du citoyen», ne sont rien d'autre que les droits du membre de la société bourgeoise, c'est-à-dire de l'homme égoïste, de l'homme séparé de l'homme et de la communauté. (...) En quoi consiste la « liberté » ? (...) La liberté est donc le droit de faire tout ce qui ne nuit pas à autrui. Les limites dans lesquelles chacun peut se mouvoir sans nuire à autrui sont marquées par la loi, de même que la limite de deux champs est déterminée par un piquet. Il s'agit de la liberté de l'homme considéré comme monade isolée, repliée sur elle-même. (...) Mais le droit de l'homme, la liberté, ne repose pas sur les relations de l'homme avec l'homme mais plutôt sur la séparation de l'homme d'avec l'homme. C'est le droit de cette séparation, le droit de l'individu limité à lui-même. (...) L'application pratique du droit de liberté, c'est le droit de propriété privée. Mais en quoi consiste ce dernier droit ? « Le droit de propriété est celui qui appartient à tout citoyen de jouir et de disposer à son gré de ses biens, de ses revenus, du fruit de son travail et de son industrie » (Constitution de 1793, art. 16.) Le droit de propriété est donc le droit de jouir de sa fortune et d'en disposer « à son gré », sans se soucier des autres hommes, indépendamment de la société ; c'est le droit de l'égoïsme. C'est cette liberté individuelle, avec son application, qui forme la base de la société bourgeoise. Elle fait voir à chaque homme, dans un autre homme, non pas la réalisation, mais plutôt la limitation de sa liberté. Elle proclame avant tout le droit « de jouir et de disposer à son gré de ses biens, de ses revenus, du fruit de son travail et de son industrie ». (...) Le mot « égalité » n'a pas ici de signification politique ; ce n'est que l'égalité de la liberté définie ci-dessus : tout homme est également considéré comme une telle monade basée sur elle-même. (...) Et la sûreté ? La Constitution de 1793 dit : « Art. 8. La sûreté consiste dans la protection accordée par la société à chacun de ses membres pour la conservation de sa personne, de ses droits et de ses propriétés. » La sûreté est la notion sociale la plus haute de la société bourgeoise, la notion de la police : toute la société n'existe que pour garantir à chacun de ses membres la conservation de sa personne, de ses droits et de ses propriétés. (...) La sûreté est plutôt l'assurance (*Versicherung*) de l'égoïsme. Aucun des prétendus droits de l'homme ne dépasse donc l'homme égoïste, l'homme en tant que membre de la société bourgeoise, c'est-à-dire un individu séparé de la communauté, replié sur lui-même, uniquement préoccupé de son intérêt personnel et obéissant à son arbitraire privé. L'homme est loin d'y être considéré comme un être générique ; tout au contraire, la vie générique elle-même, la société, apparaît comme un cadre extérieur à l'individu, comme une limitation de son indépendance originelle. Le seul

⁵⁵⁹ Les ouvrages de Marx consultés pour rédiger cette synthèse sont les suivants : *La question juive* (1843), *Les Manuscrits de 1844*, *La Sainte Famille* (1845), *Le Manifeste* (1848), *Misère de la philosophie* (1846), *L'idéologie allemande* (1846), *Introduction à la critique de l'économie politique* (1857), *Le Capital* (livre I) (1867). Tous ces ouvrages ont été consultés dans leur version numérique à l'adresse www.marxists.org. La pagination référencée est celle de ces documents numériques.

lien qui les unisse, c'est la nécessité naturelle, le besoin et l'intérêt privé, la conservation de leurs propriétés et de leur personne égoïste ».⁵⁶⁰

Contrairement à Locke qui en faisait un moyen par lequel s'exerce la liberté, le marxisme voit la propriété privée comme un mécanisme d'oppression et une source de séparation entre les hommes :

« Vous êtes saisis d'horreur parce que nous voulons abolir la propriété privée. Mais, dans votre société, la propriété privée est abolie pour les neuf dixièmes de ses membres ; elle existe pour vous précisément parce qu'elle n'existe pas pour ces neuf dixièmes. Vous nous reprochez donc de vouloir abolir une forme de propriété qui ne peut exister qu'à la condition que l'immense majorité soit nécessairement frustrée de toute propriété. En un mot, vous nous accusez de vouloir abolir votre propriété à vous. C'est bien ce que nous voulons ».⁵⁶¹

En effet, les droits et les libertés individuelles des démocraties bourgeoises ne seraient qu'illusoire, purement formels ou déclaratoires. La classe ouvrière, ne disposant pas des moyens économiques et intellectuels nécessaires pour faire respecter ses droits, serait victime d'un jeu de dupes où les principes d'égalité et de légalité masqueraient la réalité des inégalités de fait. Entre la liberté, limitée par l'obligation de ne pas nuire à autrui, et la propriété privée, qui consacre le droit de l'individu à jouir de ses biens sans se soucier des préjudices infligés à d'autres, Marx fait apparaître, sous l'illusion de la bonne conscience bourgeoise, la contradiction entre ces deux principes et les injustices qu'elle génère.

Ce n'est toutefois pas la propriété en général, mais la propriété bourgeoise⁵⁶² que veut abolir le communisme :

« Ce qui caractérise le communisme, ce n'est pas l'abolition de la propriété en général, mais l'abolition de la propriété bourgeoise. Or, la propriété privée d'aujourd'hui, la propriété bourgeoise, est la dernière et la plus parfaite expression du mode de production et d'appropriation basé sur des antagonismes de classes, sur l'exploitation des uns par les autres. En ce sens, les communistes peuvent résumer leur théorie dans cette formule unique : abolition de la propriété privée. On nous a reproché, à nous autres communistes, de vouloir abolir la propriété personnellement acquise, fruit du travail de l'individu, propriété que l'on déclare être la base de toute liberté, de toute activité, de toute indépendance individuelle. La propriété personnelle, fruit du travail et du mérite ! Veut-on parler de cette forme de propriété antérieure à la propriété bourgeoise qu'est la propriété du petit bourgeois, du petit paysan ? Nous n'avons que faire de l'abolir, le progrès de

⁵⁶⁰ Marx, *La question juive* (1843), p. 22-23. Voir aussi, dans cet ouvrage, le passage suivant, p. 15 : « La grande masse a remporté la victoire sur les propriétaires et la richesse financière. La propriété privée n'est-elle pas supprimée idéalement, lorsque celui qui ne possède rien est devenu le législateur de celui qui possède ? (...). Cependant l'annulation politique de la propriété privée, non seulement ne supprime pas la propriété privée, mais la présuppose. L'État supprime à sa façon les distinctions constituées par la naissance, le rang social, l'instruction, l'occupation particulière, en décrétant que la naissance, le rang social, l'instruction, l'occupation particulière sont des différences non politiques, quand, sans tenir compte de ces distinctions, il proclame que chaque membre du peuple partage, à titre égal, la souveraineté populaire, quand il traite tous les éléments de la Vie populaire effective en se plaçant au point de vue de l'État. Mais l'État n'en laisse pas moins la propriété privée, l'instruction, l'occupation particulière agir à leur façon, c'est-à-dire en tant que propriété privée, instruction, occupation particulière, et faire prévaloir leur nature spéciale ».

⁵⁶¹ Marx, *Manifeste du parti communiste* (1848), p. 19.

l'industrie l'a abolie et continue à l'abolir chaque jour. Ou bien veut-on parler de la propriété privée d'aujourd'hui, de la propriété bourgeoise ? Mais est-ce que le travail salarié, le travail du prolétaire crée pour lui de la propriété ? Nullement. Il crée le capital, c'est-à-dire la propriété qui exploite le travail salarié, et qui ne peut s'accroître qu'à la condition de produire encore et encore du travail salarié, afin de l'exploiter de nouveau ».⁵⁶³

Marx insiste donc sur le caractère illusoire des droits de l'homme qui ne feraient que servir le capitalisme. En rendant l'homme propriétaire de lui-même (source du droit de propriété),⁵⁶⁴ l'histoire du sujet semble créer « un véritable éden des droits naturels de l'homme et du citoyen ».⁵⁶⁵ Mais celui-ci n'est qu'illusion :

« Le système de la valeur d'échange, et plus encore le système monétaire, est le système de la liberté et de l'égalité. Mais les contradictions qui surgissent dans son développement sont des contradictions immanentes des implications de cette propriété, de cette liberté et de cette égalité elles-mêmes, qui, à l'occasion, se muent en leur contraire ».⁵⁶⁶

⁵⁶² « Ce régime industriel de petits producteurs indépendants, travaillant à leur compte, présuppose le morcellement du sol et l'éparpillement des autres moyens de production. Comme il en exclut la concentration, il exclut aussi la coopération sur une grande échelle, la subdivision de la besogne dans l'atelier et aux champs, le machinisme, la domination savante de l'homme sur la nature, le libre développement des puissances sociales du travail, le concert et l'unité dans les fins, les moyens et les efforts de l'activité collective. Il n'est compatible qu'avec un état de la production et de la société étroitement borné. L'éterniser, ce serait, comme le dit pertinemment Pecqueur, « décréter la médiocrité en tout ». Mais, arrivé à un certain degré, il engendre de lui-même les agents matériels de sa dissolution. A partir de ce moment, des forces et des passions qu'il comprime, commencent à s'agiter au sein de la société. Il doit être, il est anéanti. Son mouvement d'élimination transformant les moyens de production individuels et épars en moyens de production socialement concentrés, faisant de la propriété naine du grand nombre la propriété colossale de quelques-uns, cette douloureuse, cette épouvantable expropriation du peuple travailleur, voilà les origines, voilà la genèse du capital. Elle embrasse toute une série de procédés violents, dont nous n'avons passé en revue que les plus marquants sous le titre de méthodes d'accumulation primitive » : Marx, *Le Capital* (1867), Livre 1, ch. 8, p. 23. Pour Marx, la propriété privée est donc un concept historiquement déterminé, nécessaire à un certain stade de développement des forces productives.

⁵⁶³ Marx, *Le Manifeste* (1848), p. 18.

⁵⁶⁴ « Celui-ci (l'homme) doit par conséquent pouvoir en disposer, c'est-à-dire être libre propriétaire de sa puissance de travail, de sa propre personne » : Marx, *Le Capital* (1867), Livre I, tome 2, p. 13.

⁵⁶⁵ « La sphère de la circulation des marchandises, où s'accomplissent la vente et l'achat de la force de travail, est en réalité un véritable Éden des droits naturels de l'homme et du citoyen » : Marx, *Le Capital* (1867), livre I, ch. 2, p. 16. Le passage dans sa totalité dit ceci : « Ce qui y règne seul, c'est Liberté, Égalité, Propriété et Bentham. Liberté ! car (...). Égalité ! car ils n'entrent en rapport l'un avec l'autre qu'à titre de possesseurs de marchandise, et ils échangent équivalent contre équivalent. Propriété ! car chacun ne dispose que de ce qui lui appartient. Bentham ! car pour chacun d'eux il ne s'agit que de lui-même. La seule force qui les mette en présence rapport est celle de leur égoïsme, de leur profit particulier, de leurs intérêts privés. Chacun ne pense qu'à lui, personne ne s'inquiète de l'autre, et c'est précisément pour cela qu'en vertu d'une harmonie préétablie des choses, ou sous les auspices d'une providence tout ingénieuse, travaillant chacun pour soi, chacun chez soi, ils travaillent du même coup à l'utilité générale, à l'intérêt commun ».

⁵⁶⁶ Marx, *Contribution à la critique de l'économie politique*, p. 224.

Marx insiste également sur l'illusion « que la propriété privée elle-même repose sur la seule volonté privée, sur la libre disposition des choses », ⁵⁶⁷ cette illusion ayant pour conséquence que « quelqu'un peut avoir un titre juridique à une chose sans détenir réellement la chose. ⁵⁶⁸ Il dénonce l'illusion qu'il est dans la destination de l'homme, en tant que sujet de droit, « de prendre possession de cette nature comme de sa propriété privée ». ⁵⁶⁹

Quelle est en effet l'origine de la propriété ? La force, répond Marx :

« Goethe, irrité de ces billevesées, les raille dans le dialogue suivant :

« Le maître d'école : Dis-moi donc d'où la fortune de ton père lui est venue ?

L'enfant : Du grand-père.

Le maître d'école : Et à celui-ci ?

L'enfant : Du bisaïeul.

Le maître d'école : Et à ce dernier ?

L'enfant : Il l'a prise ». ⁵⁷⁰

⁵⁶⁷ Marx et Engels, *L'idéologie allemande* (1846), p. 22.

⁵⁶⁸ Marx et Engels, *L'idéologie allemande* (1846), p. 22 : pour Marx, droit privé et propriété privée se développent de pair : « Dans le droit privé, on exprime les rapports de propriété existants comme étant le résultat d'une volonté générale. Le *jus utendi et abutendi* lui-même exprime d'une part le fait que la propriété privée est devenue complètement indépendante de la communauté, et d'autre part l'illusion que la propriété privée elle-même repose sur la seule volonté privée, sur la libre disposition des choses. En pratique, l'*abuti* a des limites économiques très déterminées pour le propriétaire privé, s'il ne veut pas voir sa propriété, et avec elle son *jus abutendi*, passer dans d'autres mains; car, somme toute, la chose, considérée uniquement dans ses rapports avec sa volonté, n'est rien du tout, mais devient seulement dans le commerce, et indépendamment du droit, une chose, une propriété réelle (un rapport, ce que les philosophes appellent une idée). Cette illusion juridique, qui réduit le droit à la seule volonté, aboutit fatalement dans la suite du développement des rapports de propriété au fait que quelqu'un peut avoir un titre juridique à une chose sans détenir réellement la chose ».

⁵⁶⁹ Marx, *Le Capital* (1867), tome III, p. 8, note 4.

⁵⁷⁰ Marx, *Le Capital* (1867), Livre 1, ch. 8, note 1, p. 3. Et Marx de développer : « (...) cercle vicieux, dont on ne saurait sortir sans admettre une accumulation primitive (previous accumulation, dit Adam Smith) antérieure à l'accumulation capitaliste et servant de point de départ à la production capitaliste, au lieu de venir d'elle. Cette accumulation primitive joue dans l'économie politique à peu près le même rôle que le péché originel dans la théologie. Adam mordit la pomme, et voilà le péché qui fait son entrée dans le monde. On nous en expliqué l'origine par une aventure qui se serait passée quelques jours après la création du monde. De même, il y avait autrefois, mais il y a bien longtemps de cela, un temps où la société se divisait en deux camps : là, des gens d'élite, laborieux, intelligents, et surtout doués d'habitudes ménagères; ici, un tas de coquins faisant gogaille du matin au soir et du soir au matin. Il va sans dire que les uns entassèrent trésor sur trésor, tandis que les autres se trouvèrent bientôt dénués de tout. De là la pauvreté de la grande masse qui, en dépit d'un travail sans fin ni trêve, doit toujours payer de sa propre personne, et la richesse du petit nombre, qui récolte tous les fruits du travail sans avoir à faire œuvre de ses dix doigts. L'histoire du péché théologal nous fait bien voir, il est vrai, comme quoi l'homme a été condamné par le Seigneur à gagner son pain à la sueur de son front; mais celle du péché économique comble une lacune regrettable en nous révélant comme quoi il y a des hommes qui échappent à cette ordonnance du Seigneur. Et ces insipides enfantillages, on ne se lasse pas de les ressasser. (...) Dans les annales de l'histoire réelle, c'est la conquête, l'asservissement, la rapine à main armée, le règne de la force brutale, qui l'a toujours emporté. Dans les manuels béats de l'économie politique, c'est l'idylle au contraire qui a de tout temps régné. A leur dire il n'y eut jamais, l'année courante exceptée, d'autres moyens d'enrichissement que le travail et le droit » : Marx, *Le Capital* (1867), Livre 1, ch. 8, p. 3.

A partir de ce constat, Marx dénonce l'appropriation des moyens de production.⁵⁷¹ En effet, en quoi consista la naissance du capitalisme ? L'histoire du 15^{ème} siècle au 18^{ème} siècle en est témoin : expropriation des paysans, vol des terres communales,⁵⁷² pillage des terres de l'Etat, spoliation des biens d'église contribuèrent à transformer la population des campagnes en un prolétariat disponible pour l'industrie⁵⁷³ dans l'intérêt de quelques capitalistes, au nom de l'intérêt national.⁵⁷⁴ Tels furent les procédés de l'accumulation primitive. Et les paysans expropriés qui ne trouvèrent pas leur place dans les manufactures des villes, mendiants et vagabonds, furent sauvagement punis.⁵⁷⁵ Jusqu'à ce que cette nouvelle organisation sociale parût parfaitement naturelle.⁵⁷⁶ Quid du « droit sacré à la propriété » en cette sombre période de l'histoire ?⁵⁷⁷ L'intérêt national devait sans doute valoir quelques entorses à ce principe... Mais ce qui reste préoccupant, et qui concerne toujours notre époque, c'est que « l'économie politique cherche, en

⁵⁷¹ « En fait, les méthodes de l'accumulation primitive sont tout ce qu'on voudra, hormis matière à idylle. Le rapport officiel entre le capitaliste et le salarié est d'un caractère purement mercantile. Si le premier joue le rôle de maître et le dernier le rôle de serviteur, c'est grâce à un contrat par lequel celui-ci s'est non seulement mis au service, et partant sous la dépendance de celui-là, mais par lequel il a renoncé à tout titre de propriété sur son propre produit. Mais pourquoi le salarié fait-il ce marché ? Parce qu'il ne possède rien que sa force personnelle, le travail à l'état de puissance, tandis que toutes les conditions extérieures requises pour donner corps à cette puissance, la matière et les instruments nécessaires à l'exercice utile du travail, le pouvoir de disposer des subsistances indispensables au maintien de la force ouvrière et à sa conversion en mouvement productif, tout cela se trouve de l'autre côté. Pour qu'il vienne au monde, il faut donc que, partiellement au moins, les moyens de production aient déjà été arrachés sans phrase aux producteurs, qui les employaient à réaliser leur propre travail, et qu'ils se trouvent déjà détenus par des producteurs marchands, qui eux les emploient à spéculer sur le travail d'autrui. Le mouvement historique qui fait divorcer le travail d'avec ses conditions extérieures, voilà donc le fin mot de l'accumulation appelée « primitive » parce qu'elle appartient à l'âge préhistorique du monde bourgeois. L'ordre économique capitaliste est sorti des entrailles de l'ordre économique féodal. La dissolution de l'un a dégagé les éléments constitutifs de l'autre. Quant au travailleur, au producteur immédiat, pour pouvoir disposer de sa propre personne, il lui fallait d'abord cesser d'être attaché à la glèbe ou d'être inféodé à une autre personne; il ne pouvait non plus devenir libre vendeur de travail, apportant sa marchandise partout où elle trouve un marché, sans avoir échappé au régime des corporations, avec leurs maîtrises, leurs jurandes, leurs lois d'apprentissage, etc. Le mouvement historique qui convertit les producteurs en salariés se présente donc comme leur affranchissement du servage et de la hiérarchie industrielle. De l'autre côté, ces affranchis ne deviennent vendeurs d'eux-mêmes qu'après avoir été dépouillés de tous leurs moyens de production et de toutes les garanties d'existence offertes par l'ancien ordre des choses. L'histoire de leur expropriation n'est pas matière à conjecture - elle est écrite dans les annales de l'humanité en lettres de sang et de feu indélébiles. Quant aux capitalistes entrepreneurs, ces nouveaux potentats avaient non seulement à déplacer les maîtres des métiers, mais aussi les détenteurs féodaux des sources de la richesse. Leur avènement se présente de ce côté-là comme le résultat d'une lutte victorieuse contre le pouvoir seigneurial, avec ses prérogatives révoltantes, et contre le régime corporatif avec les entraves qu'il mettait au libre développement de la production et à la libre exploitation de l'homme par l'homme. Mais les chevaliers d'industrie n'ont supplanté les chevaliers d'épée qu'en exploitant des événements qui n'étaient pas de leur propre fait. Ils sont arrivés par des moyens aussi vils que ceux dont se servit l'affranchi romain pour devenir le maître de son patron. L'ensemble du développement, embrassant à la fois la genèse du salarié et celle du capitaliste, a pour point de départ la servitude des travailleurs; le progrès qu'il accomplit consiste à changer la forme de l'asservissement, à amener la métamorphose de l'exploitation féodale en exploitation capitaliste. Pour en faire comprendre la marche, il ne nous faut pas remonter trop haut. Bien que les premières ébauches de la production capitaliste aient été faites de bonne heure dans quelques villes de la Méditerranée, l'ère capitaliste ne date que du XVI^e siècle. Partout où elle éclot, l'abolition du servage est depuis longtemps un fait accompli, et le régime des villes souveraines, cette gloire du moyen âge, est déjà en pleine décadence. Dans l'histoire de l'accumulation primitive, toutes les révolutions qui servent de levier à l'avancement de la classe capitaliste en voie de formation font époque, celles, surtout qui, dépouillant de grandes masses de leurs moyens de production et d'existence traditionnels, les lancent à l'improviste sur le marché du travail. Mais la base de toute cette évolution, c'est l'expropriation des cultivateurs » : Marx, *Le Capital* (1867), Livre I, ch. 8, p. 3-4.

principe, à entretenir une confusion des plus commodes entre deux genres de propriété privée bien distincts, la propriété privée fondée sur le travail personnel,⁵⁷⁸ et la propriété privée fondée sur le travail d'autrui, oubliant, à dessein, que celle-ci non seulement forme l'antithèse de celle-là, mais qu'elle ne croît que sur sa tombe ».⁵⁷⁹

Pour Marx, cette situation ne peut que devenir explosive :

« Cette expropriation s'accomplit par le jeu des lois immanentes de la production capitaliste, lesquelles aboutissent à la concentration des capitaux. Corrélativement à cette centralisation, à l'expropriation du grand nombre des capitalistes par le petit, se développent sur une échelle toujours croissante l'application de la science à la technique, l'exploitation de la terre avec méthode et ensemble, la transformation de l'outil en instruments puissants seulement par l'usage commun, partant l'économie des moyens de production, l'entrelacement de tous les peuples dans le réseau du marché universel, d'où le caractère international imprimé au régime capitaliste. A mesure que diminue le nombre des potentats du capital qui usurpent et monopolisent tous les avantages de cette période

⁵⁷² « La forme parlementaire du vol commis sur les communes est celle de « lois sur la clôture des terres communales » (*Bills for inclosures of commons*). Ce sont en réalité des décrets au moyen desquels les propriétaires fonciers se font eux-mêmes cadeau des biens communaux, des décrets d'expropriation du peuple » : Marx, *Le Capital* (1867), Livre 1, ch. 8, p. 8.

⁵⁷³ « Ce qu'il fallait à l'ordre de production capitaliste, c'était au contraire la condition servile des masses, leur transformation en mercenaires et la conversion de leurs moyens de travail en capital. (...) Quelques acres ajoutés à son cottage rendraient le travailleur trop indépendant » : Marx, *Le Capital* (1867), Livre 1, ch. 8, p. 6.

⁵⁷⁴ Selon un apologiste des enclosures cité par Marx : « Si, après la conversion des petits paysans en journaliers obligés de travailler pour autrui, il se fait plus de travail, n'est-ce pas là un avantage que la nation [dont les susdits « convertis » naturellement ne font pas partie] ne peut que désirer ? Le produit sera plus considérable, si l'on emploie dans une seule ferme leur travail combiné : il se formera ainsi un excédent de produit pour les manufactures, et celles-ci, vraies mines d'or de notre pays, s'accroîtront proportionnellement à la quantité de grains fournie » : Marx, *Le Capital* (1867), Livre 1, ch. 8, p. 9.

⁵⁷⁵ « La création du prolétariat sans feu ni lieu - licenciés des grands seigneurs féodaux et cultivateurs victimes d'expropriations violentes et répétées - allait nécessairement plus vite que son absorption par les manufactures naissantes. D'autre part, ces hommes brusquement arrachés à leurs conditions de vie habituelles ne pouvaient se faire aussi subitement à la discipline du nouvel ordre social. Il en sortit donc une masse de mendiants, de voleurs, de vagabonds. De là, vers la fin du XV^e siècle et pendant tout le XVI^e, dans l'ouest de l'Europe, une législation sanguinaire contre le vagabondage. Les pères de la classe ouvrière actuelle furent châtiés d'avoir été réduits à l'état de vagabonds et de pauvres. La législation les traita en criminels volontaires (...). De ces malheureux fugitifs dont Thomas Moore, leur contemporain, dit qu'on les força à vagabonder et à voler, « soixante-douze mille furent exécutés sous le règne de Henri VIII (...). C'est ainsi que la population des campagnes, violemment expropriée et réduite au vagabondage, a été rompue à la discipline qu'exige le système du salariat par des lois d'un terrorisme grotesque, par le fouet, la marque au fer rouge, la torture et l'esclavage » : Marx, *Ibidem*, Livre 1, ch. 8, p. 12-13.

⁵⁷⁶ « Dans le progrès de la production capitaliste, il se forme une classe de plus en plus nombreuse de travailleurs, qui, grâce à l'éducation, la tradition, l'habitude, subissent les exigences du régime aussi spontanément que le changement des saisons » : Marx, *Ibidem*, Livre 1, ch. 8, p. 13.

⁵⁷⁷ « Les actes de rapine, les atrocités, les souffrances qui, depuis le dernier tiers du XV^e siècle jusqu'à la fin du XVIII^e, forment le cortège de l'expropriation violente des cultivateurs, le conduisent [un apologiste des enclosures cité par Marx] tout simplement à cette conclusion reconfortante : « Il fallait établir une juste proportion (due proportion) entre les terres de labour et les terres de pacage » : Marx, *Ibidem*, Livre 1, ch. 8, p. 8.

d'évolution sociale, s'accroissent la misère, l'oppression, l'esclavage, la dégradation, l'exploitation, mais aussi la résistance de la classe ouvrière sans cesse grossissante et de plus en plus disciplinée, unie et organisée par le mécanisme même de la production capitaliste. Le monopole du capital devient une entrave pour le mode de production qui a grandi et prospéré avec lui et sous ses auspices. La socialisation du travail et la centralisation de ses ressorts matériels arrivent à un point où elles ne peuvent plus tenir dans leur enveloppe capitaliste. Cette enveloppe se brise en éclats. L'heure de la propriété capitaliste a sonné. Les expropriateurs sont à leur tour expropriés ».⁵⁸⁰

La vision de Marx, concernant l'avenir de la propriété, est en effet la suivante :

« L'appropriation capitaliste, conforme au mode de production capitaliste, constitue la première négation de cette propriété privée qui n'est que le corollaire du travail indépendant et individuel. Mais la production capitaliste engendre elle-même sa propre négation avec la fatalité qui préside aux métamorphoses de la nature. C'est la négation de la négation. Elle rétablit non la propriété privée du travailleur, mais sa propriété individuelle, fondée sur les acquêts de l'ère capitaliste, sur la coopération et la possession commune de tous les moyens de production, y compris le sol ».⁵⁸¹

Dans les *Manuscripts* de 1844, il critique la propriété-possession, négative à ses yeux, et promeut une conception alternative et positive de la propriété comme jouissance de l'expression active de soi. Il dénonce ainsi le « sens de l'avoir » comme « la pure et simple aliénation de tous les sens ». Pour que les hommes soient animés d'une telle « soif d'avoir », il faut qu'ils soient « réduits à cette pauvreté absolue » qu'est la propriété privée qui « nous a rendus si sots et bornés qu'un objet ne devient le nôtre qu'à partir du moment où nous l'avons (...) ».⁵⁸²

Il faut donc s'attendre, selon lui, à une première négation de la propriété privée, elle-même négative (négation de la négation) : un communisme « brut » ou « grossier », violent, destructeur et abrutissant. Cette étape abolira la diversité des propriétaires privés en instituant la communauté comme unique propriétaire privé :

« Ce communisme (...), négation abstraite du monde entier de la culture et de la civilisation (...), retour à la simplicité non naturelle de l'homme pauvre et sans besoins,

⁵⁷⁸ « La propriété privée du travailleur sur les moyens de son activité productive est le corollaire de la petite industrie, agricole ou manufacturière, et celle-ci constitue la pépinière de la production sociale, l'école où s'élaborent l'habileté manuelle, l'adresse ingénieuse et la libre individualité du travailleur. (...) il ne prospère, il ne déploie toute son énergie, il ne revêt sa forme intégrale et classique que là où le travailleur est le propriétaire libre des conditions de travail qu'il met lui-même en œuvre, le paysan, du sol qu'il cultive, l'artisan, de l'outillage qu'il manie, comme le virtuose, de son instrument (...). La propriété privée, fondée sur le travail personnel, cette propriété qui soude pour ainsi dire le travailleur isolé et autonome aux conditions extérieures du travail, va être supplantée par la propriété privée capitaliste, fondée sur l'exploitation du travail d'autrui, sur le salariat » : Marx, *Ibidem*, Livre 1, ch. 8, p. 23.

⁵⁷⁹ Marx, *Ibidem*, Livre 1, ch. 8, p. 25. « Ainsi donc ce qui gît au fond de l'accumulation primitive du capital, au fond de sa genèse historique, c'est l'expropriation du producteur immédiat, c'est la dissolution de la propriété fondée sur le travail personnel de son possesseur » : Marx, *Ibidem*, Livre 1, ch. 8, p. 23. Voir aussi p. 28. Et encore *Ibidem*, p. 25 : « Donc, quand le travailleur peut accumuler pour lui-même, et il le peut tant qu'il reste propriétaire de ses moyens de production, l'accumulation et la production capitalistes sont impossibles ».

⁵⁸⁰ Marx, *Ibidem*, Livre 1, ch. 8, p. 23.

⁵⁸¹ Marx, *Ibidem*, Livre 1, ch. 8, p. 23.

qui ne va pas au-delà de la propriété privée, mais qui, au contraire, n'est même pas encore parvenu jusqu'à elle ».⁵⁸³

Ce communisme niveleur, réducteur de l'individualité, négateur de la culture « n'a pas encore saisi l'essence positive de la propriété privée »⁵⁸⁴ (...) qui se trouve du côté de l'être par opposition à l'avoir, c'est-à-dire dans l'exigence que les hommes se réalisent dans les objets et les œuvres qu'ils produisent.

Marx dénonce ainsi la concurrence qui caractérise le régime contemporain, la marchandisation d'activités autrefois vénérables, telles que celles du savant, du poète, de l'écrivain, du créateur... :

« Tous les liens complexes et variés qui unissent l'homme féodal à ses supérieurs naturels, elle les a brisés sans pitié pour ne laisser subsister d'autre lien, entre l'homme et l'homme, que le froid intérêt, les dures exigences du "paiement au comptant. (...) En un mot, à la place de l'exploitation que masquaient les illusions religieuses et politiques, elle a mis une exploitation ouverte, éhontée, directe, brutale. La bourgeoisie a dépouillé de leur auréole toutes les activités qui passaient jusque-là pour vénérables et qu'on considérait avec un saint respect. Le médecin, le juriste, le prêtre, le poète, le savant, elle en a fait des salariés à ses gages. (...) A sa place s'éleva la libre concurrence, avec une constitution sociale et politique appropriée, avec la suprématie économique et politique de la classe bourgeoise ».⁵⁸⁵

En découle un jugement négatif sur le mode contemporain de travail :

« Mais que le travail lui-même, non seulement dans les conditions présentes, mais, en général, dans la mesure où son but est le simple accroissement de la richesse, je dis que le travail lui-même soit nuisible et funeste ».⁵⁸⁶

Ainsi qu'une critique du lien entre propriété privée et production :

« En ce sens, c'est une tautologie de dire que la propriété (appropriation) est une condition de la production. Mais il est ridicule de partir de là pour passer d'un saut à une forme déterminée de la propriété, par exemple à la propriété privée. (Ce qui, de plus, suppose également comme condition une forme opposée, la non propriété). L'histoire nous

⁵⁸² Marx, *Manuscrits de 1844*, p. 45. Le passage dans son entièreté énonce : « La propriété privée nous a rendus si sots et si bornés qu'un objet n'est nôtre que lorsque nous l'avons, qu' [il] existe donc pour nous comme capital ou qu'il est immédiatement possédé, mangé, bu, porté sur notre corps, habité par nous, etc., bref qu'il est utilisé par nous, bien que la propriété privée ne saisisse à son tour toutes ces réalisations directes de la possession elle-même que comme des moyens de subsistance, et la vie, à laquelle elles servent de moyens, est la vie de la propriété privée, le travail et la capitalisation. A la place de tous les sens physiques et intellectuels est donc apparue la simple aliénation de tous ces sens, le sens de l'avoir. L'être humain devait être réduit à cette pauvreté absolue, afin d'engendrer sa richesse intérieure en partant de lui-même. L'abolition de la propriété privée est donc l'émancipation totale de tous les sens et de toutes les qualités humaines ; mais elle est cette émancipation précisément parce que ces sens et ces qualités sont devenus humains, tant subjectivement qu'objectivement ».

⁵⁸³ Marx, *Ibidem*, p. 42.

⁵⁸⁴ Marx, *Manuscrits de 1844*, p. 43.

⁵⁸⁵ Marx, *Le Manifeste* (1848), p. 14-15.

⁵⁸⁶ Marx, *Manuscrits de 1844*, p. 9.

montre bien plutôt dans la propriété commune (par exemple chez les Indiens, les Slaves, les anciens Celtes, etc.) la forme primitive, forme qui, sous l'aspect de propriété communale, jouera longtemps encore un rôle important. Quant à savoir si la richesse se développe mieux sous l'une ou l'autre forme de propriété, il n'en est encore nullement question ici ».⁵⁸⁷

2) Marx et Proudhon

L'amitié entre Marx et Proudhon fut brisée par la publication de l'ouvrage *Misère de la philosophie* rédigé par Marx en réponse à la *Philosophie de la misère* de Proudhon.

Marx accusa Proudhon de n'être qu'un *socialiste petit-bourgeois*, catégorie qu'il explicite et condamne dès le *Manifeste*. Proudhon aurait en effet manqué la critique de la propriété en s'attaquant à l'idée générale de la propriété. Selon Marx, une telle notion n'a pas lieu d'être, les rapports de propriété s'étant modifiés à plusieurs reprises au cours de l'histoire (propriété antique, propriété féodale, propriété bourgeoise). C'est à cette dernière que, aux yeux de Marx, Proudhon aurait mieux été avisé de s'attaquer :

« D'ailleurs, le titre même du livre en indiquait l'insuffisance. La question était trop mal posée pour qu'on pût y répondre correctement. Les « rapports de propriété » antiques avaient été remplacés par la propriété féodale, celle-ci par la propriété bourgeoise. Ainsi l'histoire elle-même avait soumis à sa critique les rapports de propriété passés. Ce qu'il s'agissait pour Proudhon de traiter, c'était la propriété bourgeoise actuelle. A la question de savoir ce qu'était cette propriété, on ne pouvait répondre que par une analyse critique de l'économie politique, embrassant l'ensemble de ces rapports de propriété, non pas dans leur expression juridique de rapports de volonté, mais dans la forme réelle, c'est-à-dire de rapports de production. (...) La conclusion que l'on en tire, dans le meilleur des cas, c'est que les notions juridiques du bourgeois sur le vol s'appliquent tout aussi bien à ses profits honnêtes. D'un autre côté, comme le vol, en tant que violation de la propriété, présuppose la propriété, Proudhon s'est embrouillé dans toutes sortes de divagations confuses sur la vraie propriété bourgeoise » ;⁵⁸⁸

« Vouloir donner une définition de la propriété, comme d'un rapport indépendant, d'une catégorie à part, d'une idée abstraite et éternelle, ce ne peut être qu'une illusion de métaphysique ou de jurisprudence. M. Proudhon, tout en ayant l'air de parler de la propriété en général, ne traite que de la propriété foncière » ;⁵⁸⁹

« L'origine de la rente, comme de la propriété, est pour ainsi dire extra-économique : elle réside dans des considérations de psychologie et de morale qui ne tiennent que de fort loin à la production des richesses. Ainsi, M. Proudhon se reconnaît incapable de comprendre l'origine économique de la rente et de la propriété. Il convient que cette incapacité l'oblige à recourir à des considérations de psychologie et de morale, lesquelles, tenant en effet de fort loin à la production des richesses, tiennent pourtant de fort près à l'exiguïté de ses vues historiques » ;⁵⁹⁰

⁵⁸⁷ Marx, *Introduction à la critique de l'économie politique* (1857), p. 4.

⁵⁸⁸ *Lettre à Schweitzer du 24 janvier 1865*, in Marx, *Misère de la philosophie* (1846), p. 69.

⁵⁸⁹ Marx, *Misère de la philosophie* (1846), p. 61.

Proudhon, en petit-bourgeois, voulait, selon Marx, « nettoyer » le régime de ses imperfections, un programme nettement insuffisant aux yeux de Marx :

« (...) par un détour, il se retrouve à son point de départ, le point de vue de l'économie bourgeoise » ;⁵⁹¹

« Les socialistes bourgeois veulent les conditions de vie de la société moderne sans les luttes et les dangers qui en découlent fatalement. Ils veulent la société actuelle, mais expurgée des éléments qui la révolutionnent et la dissolvent. Ils veulent la bourgeoisie sans le prolétariat ». ⁵⁹²

Marx réfute également l'idée de Proudhon selon laquelle une heure de travail vaut une heure de travail :

« Votre heure de travail vaut-elle la mienne ? C'est une question qui se débat par la concurrence ». ⁵⁹³

Marx et Proudhon n'étaient en effet plus sur la même longueur d'onde, le premier étant, aux yeux du second, seulement réformateur, là où Marx se voulait révolutionnaire.⁵⁹⁴ Cette réponse de Proudhon à Marx est à cet égard fort instructive :

« Quoique mes idées en fait d'organisation et de réalisation soient, en ce moment, tout à fait arrêtées, au moins en ce qui regarde les principes, je crois qu'il est de mon devoir, du devoir de tout socialiste, de conserver pour quelque temps encore la forme antique ou dubitative - en un mot, je fais profession avec le public d'un anti-dogmatisme économique presque absolu.

Cherchons ensemble, si vous voulez, les lois de la société, le mode dont ces lois se réalisent, le progrès suivant lequel nous parvenons à les découvrir, mais, pour Dieu ! Après avoir démolé tous les dogmatismes a priori, ne songeons point à notre tour à endoctriner le peuple... ne taillons pas au genre humain une nouvelle besogne par de nouveaux gâchis... Parce que nous sommes à la tête du mouvement ne nous faisons pas les chefs d'une nouvelle intolérance... Accueillons et encourageons toutes les protestations... Ne regardons jamais une question, comme épuisée, et, quand nous aurons usé jusqu'à notre dernier argument, recommençons s'il le faut avec l'éloquence et l'ironie. A cette condition j'entrerai avec plaisir dans votre association, sinon, non.

J'ai aussi à vous faire quelques observations sur ce mot de votre lettre : au moment de l'action. Peut-être, conservez-vous encore l'opinion qu'aucune réforme n'est actuellement possible sans un coup de main, sans ce qu'on appelait jadis une révolution, et qui n'est tout bonnement qu'une secousse. Cette opinion que je conçois, que j'excuse, que je discuterais volontiers, l'ayant moi-même longtemps partagée, je vous avoue que mes dernières études m'en ont fait complètement revenir. Je crois que nous n'avons pas besoin

⁵⁹⁰ *Ibidem*, p. 61.

⁵⁹¹ *Ibidem*, p. 70.

⁵⁹² Marx, *Le Manifeste* (1848), p. 23.

⁵⁹³ Marx, *Misère de la philosophie* (1846), p. 24.

⁵⁹⁴ « Les communistes ne s'abaissent pas à dissimuler leurs opinions et leurs projets. Ils proclament ouvertement que leurs buts ne peuvent être atteints que par le renversement violent de tout l'ordre social passé » : Marx, *Le Manifeste* (1848), p. 26.

de cela pour réussir; et qu'en conséquence, nous ne devons point poser l'action révolutionnaire comme moyen de réforme sociale, parce que ce prétendu moyen serait tout simplement un appel à la force, à l'arbitraire, bref une contradiction. Je me pose ainsi le problème : faire rentrer dans la société, par une combinaison économique, les richesses qui sont sorties de la société par une autre combinaison économique... ».⁵⁹⁵

3) Bernard Edelman⁵⁹⁶, *Éléments pour une théorie marxiste du droit*, 1973

Dans un petit ouvrage ardu, mais éclairant sur l'analyse marxiste de la notion de propriété intellectuelle (même s'il n'aborde explicitement que les domaines de la photographie et du cinéma), Bernard Edelman se donne pour objectif d'expliquer les conditions juridiques qui permettent au photographe ou au cinéaste - qui, a priori, ne font « que reproduire le réel » - de tenir leur discours de propriétaire sur ce réel (qui, selon lui, est « toujours-déjà » investi par la propriété puisqu'il fait, au mieux, partie du domaine public).⁵⁹⁷ Le cinéaste et le photographe doivent donc se ré-approprier ce réel : comment le droit le leur a-t-il permis ?⁵⁹⁸ Les choses se sont, selon lui, déroulées en plusieurs actes.

De façon générale, « la fiction juridique (la propriété est un concept de droit) permet de donner à l'invisible (la pensée de l'homme, l'intelligence, la création, le génie) le caractère du visible (la propriété privée) ». ⁵⁹⁹ Et de fait, comme nous l'avons vu dans l'historique qui fait l'objet du premier chapitre de cette recherche, le caractère immatériel de la création artistique ne fut pas un obstacle à sa reconnaissance en tant que propriété. « En vertu du droit naturel, tout fruit de l'homme mûrit sur l'arbre de la propriété (liberté) » :⁶⁰⁰ tel fut le cœur des propriétaires et des écrivains. L'origine de la propriété réside, selon cette belle unanimité, dans le travail ; « le travail lui-même ne fait qu'objectiver l'essence de l'homme, c'est-à-dire la propriété » :⁶⁰¹ en d'autres termes, comme le montre bien Edelman, « La Propriété a démontré la propriété » !⁶⁰²

⁵⁹⁵ Avant-propos de l'ouvrage *Misère de la philosophie* (1846), p. 6.

⁵⁹⁶ B. Edelman, *Éléments pour une théorie marxiste du droit*, Éditions Maspero, 1973.

⁵⁹⁷ Puisque la réalité, dont le cliché reproduit l'image, appartiendrait toujours à quelqu'un.

⁵⁹⁸ « Si donc, d'un côté, toute production juridique est production d'un sujet dont l'essence est la propriété et dont l'activité ne peut être que celle d'un propriétaire privé, de l'autre côté, l'activité spécifique du cinéaste ou du photographe s'exerce sur un réel déjà investi par la propriété c'est-à-dire déjà constitué en propriété commune privative (domaine public). Le droit doit donc accomplir ce « tour de force » de créer une catégorie qui permette de s'approprier ce qui est déjà approprié. Nous avançons donc le concept de « sur-appropriation du réel » : B. Edelman, *op. cit.*, p. 29.

⁵⁹⁹ *Ibidem*, p. 31.

⁶⁰⁰ *Ibidem*, p. 33.

⁶⁰¹ La propriété étant reconnue comme l'essence de l'homme (Marx, *Manuscrits de 1844*, p. 80), toute production de l'homme est la production d'un propriétaire.

⁶⁰² B. Edelman, *op. cit.*, p. 33.

Toutefois, l'œuvre du photographe et celle du cinéaste ne furent, dans un premier temps, pas logées à la même enseigne : il n'était au départ question que d'un travail technique, mécanique, sans âme, donnant seulement lieu à une re-production et non à une création : elles ne méritaient donc pas de protection, de « sur-appropriation du réel », pour reprendre l'expression d'Edelman.

Cependant, lorsque les rapports de production l'exigèrent,⁶⁰³ le photographe et le cinéaste furent rapidement intronisés artistes et créateurs. Un renversement juridique se produisit grâce au concept d'*empreinte de personnalité*. La technique fut alors conçue comme un moyen de création permettant au sujet - « cette catégorie où le travail désigne toute production de l'homme en production de propriété privée » -⁶⁰⁴ de s'affirmer par sa médiation.

Rapidement, ce mouvement intronisa le producteur comme propriétaire de la création cinématographique :

« Le producteur est le propriétaire de la « création » qu'il produit. Le sujet capital est affublé du masque de la création à toutes les étapes industrielles. L'influence déterminante du capital devient, pour le droit, l'influence créatrice ; la direction financière, une direction créatrice ; les auteurs, des prolétaires payés à la tâche qui accomplissent une œuvre-« besogne » et non une activité créatrice (...) » ;

« La révélation est étonnante : l'activité créatrice, c'est-à-dire ce qui exprime la personnalité de l'homme, peut être soumise à un contrat ».⁶⁰⁵

Selon cette perspective, la propriété intellectuelle apparaît incontestablement comme « au service du capital » : « Il faut bien avoir en mémoire ce fait économique capital : c'est grâce au brevet du son que la haute banque a pris position dans l'industrie cinématographique ».⁶⁰⁶

Pour étayer son propos, Edelman rapporte une anecdote. Un cinéaste amateur avait tourné par hasard l'assassinat de Kennedy. Il s'empressa de vendre son film à l'éditeur de *Life Magazine*. Un livre fut par ailleurs écrit sur cet événement et reproduisit illicitement 22 images du film. Un procès fut engagé. L'auteur du livre opposa comme arguments qu'il s'agissait d'un événement d'actualité, sur lequel aucune création n'avait été effectuée, et qui ne pouvait être approprié en tant que tel sous peine de créer un oligopole de l'information. Le juge rejeta cette défense arguant que *Life Magazine* revendiquait un droit d'auteur sur la *forme* particulière de l'enregistrement et non sur l'élément d'actualité de l'événement (le fond, non appropriable). « Le simple enregistrement du réel peut donc donner lieu à une sur-appropriation du réel »⁶⁰⁷ dénonce alors Edelman, scandalisé... en 1973. Aujourd'hui, cette situation nous paraît presque naturelle, tant les

⁶⁰³ « La mainmise du capital industriel et financier sur les moyens matériels de production (outillage, machines, ...) s'est accompagnée d'une monopolisation du matériel humain (...) : monopolisation de la matière première intellectuelle (achat de livres, de nouvelles, de best sellers) et monopolisation de la main d'œuvre intellectuelle par contrat (...). Le contrat apparaît comme l'instrument privilégié de domination capitaliste » : *Ibidem*, p. 49.

⁶⁰⁴ *Ibidem*, p. 45.

⁶⁰⁵ *Ibidem*, p. 51-52.

⁶⁰⁶ *Ibidem*, p. 54.

concepts de la propriété intellectuelle ont fait leur chemin jusqu'au cœur de nos représentations mentales.

En guise de conclusion, Edelman s'attaque à ce qu'il semble considérer comme le cœur du problème : le fait que le sujet de droit soit constitué sur le concept de libre propriété de soi-même⁶⁰⁸ ce qui implique la nécessité pour la personne humaine de prendre la forme de la marchandise et conduit à l'exploitation de l'homme par l'homme, y compris du travailleur artistique :

« Ce qui caractérise l'époque capitaliste, c'est que la force de travail acquiert pour le travailleur lui-même la forme d'une marchandise qui lui appartient » ;⁶⁰⁹

« Pour l'homme, la liberté, c'est se vendre, et se vendre réalise sa liberté (...). La production juridique de la liberté est la production de soi-même comme esclave » ;⁶¹⁰

« Le travailleur est cet être spécifique qui se porte lui-même sur le marché dans une forme juridique qui lui permet de se vendre au nom de la liberté et de l'égalité » ;⁶¹¹

« Le contrat va permettre l'exploitation de l'homme par l'homme au nom de la propriété de soi et de ses déterminations, la liberté et l'égalité. (...) Le sujet de droit a ainsi permis que les industries photographiques et cinématographiques exploitent les travailleurs artistiques au nom de leurs contrats mêmes » ;⁶¹²

« La doctrine juridique, en justifiant le sujet de droit, défend son beafsteack (...). Ce qu'elle veut, c'est légitimer un sujet qui soit tout à la fois libre de son âme et de son corps, c'est-à-dire qui puisse vendre son corps en conservant son âme ».⁶¹³

Or « toute l'idéologie bourgeoise consiste à occulter la contradiction immanente de cette liberté-là et de cette égalité-là,⁶¹⁴ qui se muent en leur contraire : l'esclavage et l'exploitation ».⁶¹⁵ « Il convient, conclut Edelman, de dénoncer la misérable apologétique de ce système qui fait de l'homme une marchandise, en lui faisant croire qu'il est libre. La liberté est à ce prix ».⁶¹⁶

⁶⁰⁷ *Ibidem*, p. 61.

⁶⁰⁸ En effet, si je ne suis pas propriétaire de mes attributs, comment puis-je en faire commerce ?

⁶⁰⁹ Marx, *Le Capital*, Livre 1, tome 1, p. 73.

⁶¹⁰ B. Edelman, *op. cit.*, p. 68.

⁶¹¹ *Ibidem*, p. 98.

⁶¹² *Ibidem*, p. 102.

⁶¹³ *Ibidem*, p. 70. « « La propriété privée est l'essence de l'homme » : ce rapport imaginaire est vécu comme tel par l'individu, et le droit lui démontre qu'il en est ainsi, puisqu'il en a le « droit » » (*Ibidem*, p. 74).

⁶¹⁴ La liberté et l'égalité ne sont que celles de la propriété : *Ibidem*, p. 91. « *Propriété, liberté, égalité, dans le secret, ailleurs, se lisent exploitation, esclavage, inégalité, égoïsme sacré* » : *Ibidem*, p. 89.

⁶¹⁵ *Ibidem*, p. 89-92.

⁶¹⁶ *Ibidem*, p. 108.

11. Une conception alternative de l'intérêt général : les défenseurs des biens communs, des choses communes, des communs et du principe du commun

On peut faire miroiter l'intérêt public dans mille choses : l'essor de la créativité, le progrès de la technologie, le développement de l'économie, la rémunération des innovateurs et des entrepreneurs, la sécurisation de l'investissement⁶¹⁷... Mais certains auteurs défendent une conception plus fondamentale de l'intérêt commun. Florent Latrive plaide ainsi pour que l'on reconnaisse, à côté des échanges marchands, la gratuité indispensable au lien social qui caractérise de nombreux comportements humains : « Il n'y a pas de société sans gratuité, il n'y a pas même de capitalisme sans gratuité, pas de commerce sans infrastructures publiques, sans dévouement et don. Il n'y a pas non plus de création sans gratuité : aucune invention, aucune œuvre ne peut naître sans le terreau fertile du patrimoine culturel de l'humanité ». Par conséquent, « étendre sans limites l'appropriation privée de l'immatériel (...) se soldera soit par la dissolution complète du lien social (...) soit par des conflits toujours plus virulents (...) ». C'est donc « l'extension politique de la gratuité qu'il faut viser. (...) L'objectif historique de la propriété intellectuelle est de tracer cette frontière entre marchandise et gratuité. C'est le sens qu'il convient de lui redonner aujourd'hui ». ⁶¹⁸

François Flahaut⁶¹⁹ attire lui aussi l'attention sur les multiples formes de circulation de biens qui coexistent à côté des lois de l'échange économique : le don, la diffusion par imitation, la transmission, l'héritage, le vol, la redistribution après prélèvement, etc. Ces activités ont, selon lui, une fonction vitale, au sens propre. Elles soutiennent l'existence psychique des individus à travers les liens sociaux qu'elles créent. Un mouvement de véritables biens communs qui reconnaisse l'existence de ce monde commun premier où se créent les liens sociaux qui donnent leur être aux individus lui paraît nécessaire : ⁶²⁰ les biens collectifs, dont la jouissance partagée est créatrice de lien social, doivent être préservés de l'appropriation et de la marchandisation. En effet, les droits individuels ne créent pas à eux seuls la liberté. La constitution de l'identité des personnes, de leur existence psychique, la construction de leur place parmi les autres dépendent des biens collectifs (représentations mentales, référents culturels, éléments de savoir, etc.). Ce qui importe, par rapport à ces biens collectifs, ce sont *les possibilités d'y accéder et d'y participer*. La vie en société elle-même est un bien commun. Le projet de multiplier les liens marchands entre individus atomisés au détriment des autres liens sociaux fragilise la société et réduit le sentiment d'exister. Il importe donc de limiter la marchandisation pour laisser place à d'autres fonctions. La

⁶¹⁷ C'est cette conception de l'intérêt public que défendent les arguments contemporains de type utilitariste en faveur du développement du droit de la propriété intellectuelle.

⁶¹⁸ F. Latrive, *Du bon usage de la piraterie: culture libre, science ouverte*, Exils Éditeur, 2004.

⁶¹⁹ F. Flahaut, *Le paradoxe de Robinson. Capitalisme et société*, Éditions Mille et une nuits, 2005.

⁶²⁰ F. Flahaut rappelle ainsi que sans monde commun (sans représentations mentales communes, par exemple), sans pratiques relationnelles dans un cadre autre que celui de l'économie marchande, l'être ne peut que s'effondrer : pour qu'il y ait des choses, il faut des personnes, et pour qu'il y ait des personnes, un milieu commun (langue, savoir, etc.) s'impose.

science et la technologie font évidemment partie de ces biens communs. Porteuses de représentations collectives, génératrices d'activités partagées et d'outils qui pourraient être *conviviaux* »⁶²¹ (au sens que donne Ivan Illich à cet adjectif), elles font vivre matériellement et psychiquement. Une véritable justice ne doit donc pas uniquement se concentrer sur la répartition de biens individuels (les possibilités d'acquisition de produits protégés par la propriété intellectuelle, par exemple), mais également sur les possibilités effectives de *participation* aux formes de vie sociales, culturelles, scientifiques, qui, seules, nourrissent l'individu et remplissent son existence. La vie en société est une fin en soi, et non le moyen de produire des biens. Entraver le lien social pour créer davantage de marchandises ne peut être que contre-productif : ce projet contribue à détruire la société des personnes, le sens des existences, l'humanité même des hommes. L'économie ne peut porter atteinte à ces biens communs.⁶²²

C'est donc l'avènement d'une *coalition des biens communs* que prônent ces auteurs, un mouvement qui partage avec le mouvement environnementaliste le constat des externalités négatives de l'action économique auquel s'ajoute, dans le cas de notre problématique, l'idée que le marché échoue à prendre en compte les externalités positives des connaissances et de la culture.⁶²³ Dans cette optique, il s'agit, pour de nombreux acteurs et auteurs contemporains, de protéger certains objets matériels ou immatériels, certains savoirs, certaines pratiques d'intérêt général des emprises des particuliers, d'en assurer l'accès à tous, la conservation, la possibilité de construire à partir d'eux et la répartition équitable des avantages qui peuvent en être retirés lorsqu'ils rencontrent des intérêts publics fondamentaux. Les notions de *res communes* (choses communes), de patrimoine commun de l'humanité, de domaine public, d'*open access* et de *commons* partagent toutes cet objectif. Elles constituent des modalités juridiques ou pratiques de préservation des choses communes. Il importe cependant de ne pas confondre ces différentes approches et de montrer dans quelle mesure, mais aussi *dans quelles limites* elles constituent, pour leurs défenseurs, des étendards satisfaisants dans la recherche d'alternatives aux impacts négatifs des pratiques de propriété intellectuelle. Car, plus fondamentalement, soulignent d'autres auteurs, l'objectif ne devrait pas être seulement de protéger *certain*s biens fondamentaux, mais de « renverser le système de normes et de transformer l'économie et la société »⁶²⁴ en construisant une alternative généralisable à l'ensemble de nos pratiques, et non valable pour quelques seuls « biens communs ».

⁶²¹ « Les institutions conviviales, selon la définition d'Illich, se caractérisent par leur vocation à servir la société et par le fait qu'elles sont utilisées spontanément par tous les membres de la société qui y participent volontairement. Dans cette optique, Illich appelle société conviviale « une société où l'outil moderne est au service de la personne intégrée à la collectivité, et non au service d'un corps de spécialistes ». Et il ajoute : « Conviviale est la société où l'homme contrôle l'outil » : I. Illich, *La convivialité*, Paris, Seuil, 1973, cité par Gajardo M., *Ivan Illich*, in *Perspectives : revue trimestrielle d'éducation comparée*, vol. XXIII, n° 3-4, Paris, UNESCO, 1993, en ligne sur le site de l'UNESCO.

⁶²² F. Flahaut, *op. cit.*

⁶²³ F. Latrive, *op. cit.*, p. 120-121.

⁶²⁴ Dardot et Laval, *Commun*, La Découverte, 2014, p. 13.

1) Quelques contours de la notion de *res communis*⁶²⁵

« Il existe des choses qui n'appartiennent à personne et dont l'usage est commun à tous. Des lois de police règlent la manière d'en jouir ». ⁶²⁶ Ces choses sont en dehors de la propriété privée et en dehors de la propriété publique. Les choses communes ne sont donc pas des choses publiques, ⁶²⁷ même si les deux notions ont souvent été confondues dans l'histoire. Les biens publics ont un maître ; les choses communes n'en ont pas, ce qui justifie la différence entre *res communis* et *res publica*. ⁶²⁸

D'après M.-A. Chardeaux, de l'analyse des choses communes existantes semble se dégager le principe de leur inappropriabilité. ⁶²⁹ Elles seraient inappropriables non par nature, ⁶³⁰ mais parce que le droit voudrait en garantir l'usage commun à tous. ⁶³¹ Elles ne font donc pas l'objet d'un droit de propriété collective.

⁶²⁵ L'exposé suivant concernant la notion de *res communis* est en grande partie fondé sur l'excellent ouvrage de M.-A. Chardeaux, *Les choses communes*, Ed. LGDJ, Collection Bibliothèque de droit privé, 2006, 487 p.

⁶²⁶ Article 714 du Code civil belge et français. La seconde phrase de cet article ouvre la possibilité d'une véritable réglementation du domaine public, remarque S. Dussolier, *Le domaine public, garant de l'intérêt public en propriété intellectuelle*, in *L'intérêt général et l'accès à l'information en propriété intellectuelle* (ouvrage collectif), Bruylant, Bruxelles, 2008.

⁶²⁷ La propriété privée n'est pas le seul mode d'appropriation : il peut exister une propriété de droit public. Les choses publiques appartiennent à une personne publique (Etat, commune, ...). Une chose publique doit être affectée soit à l'usage du public, soit à un service public.

⁶²⁸ Cette distinction est née en droit romain.

⁶²⁹ Certains estiment que la chose commune est une enveloppe regroupant une pluralité de choses sans maître offertes à l'appropriation du premier occupant, mais ce point de vue est loin d'emporter la conviction : M.-A. Chardeaux, *op. cit.*, p. 91. En effet, ce n'était pas celui de l'empereur Justinien au VI^{ème} siècle lorsqu'il reconnut légalement dans l'Empire romain l'existence des choses communes et de la propriété commune. Ce n'était pas non plus l'objectif de la *Magna Carta* promulguée en Angleterre au XIII^{ème} siècle par le roi Jean qui reconnut des limitations à son pouvoir absolu et certains droits à l'origine des droits fondamentaux. Ni celui de la *Charte de la forêt* qui, à la même époque, reconnut les droits traditionnels sur les forêts et les terres royales. Ce n'est pas non plus l'objectif à l'origine de la théorie de la fiducie publique américaine (*public trust doctrine*) selon laquelle l'Etat doit œuvrer à protéger certaines ressources naturelles pour les générations présentes et futures et ne peut ni les vendre ni les céder. Ces épisodes historiques sont relatés dans l'ouvrage de D. Bollier, *La renaissance des communs*, Éditions Charles Léopold Mayer, 2014.

⁶³⁰ Dardot et Laval, *op. cit.*, critiquent la conception, selon eux générale chez les auteurs contemporains, selon laquelle les choses communes sont communes par essence, soit parce qu'elles seraient par nature épuisables, soit parce qu'elles seraient par nature impossibles à s'approprier : il s'agirait d'une « réification du commun » (p. 32). Or, si l'on cherche dans les caractéristiques des biens le fondement d'une politique des biens communs, on se condamne, selon eux, à la limiter à très peu d'objets (p. 39). Ils estiment dès lors qu'il faut abandonner cette catégorie de *res communes* car l'inappropriabilité est fondée en droit et non en nature. Pour notre part, nous défendons bien la position selon laquelle l'inappropriabilité doit être fondée par la société à travers le droit, et c'est également de cette façon, contrairement à Dardot et Laval, que nous avons compris un certain nombre d'auteurs contemporains. Nous comprenons bien l'objection selon laquelle c'est une transformation de l'économie et une alternative généralisable qui doivent être recherchées, au-delà de l'identification et de la protection de quelques *res communes* isolées. Mais ce projet ne nous paraît pas nécessiter de supprimer la catégorie des *res communes* qui nous semble, à tout le moins, pouvoir constituer une base de réflexion féconde parmi d'autres, même si insuffisante à elle seule.

Les choses communes, parce qu'elles sont inappropriables, seraient également hors commerce par impossibilité juridique. Elles peuvent néanmoins être appropriées par fragments,⁶³² puisque tout le monde peut les utiliser, mais dans la mesure où cela n'épuise pas leur substance. Par ailleurs, le travail justifie généralement que des biens (appropriables et commercialisables) naissent des choses communes. De nouveau, c'est le droit qui organise l'inappropriabilité des choses communes et qui trace la frontière entre l'appropriable et l'inappropriable.

Dans nos sociétés, ce sont les libertés fondamentales, les besoins fondamentaux, ou encore des *droits à* ... qui fondent l'inappropriabilité des choses communes : liberté d'expression, liberté de la recherche, liberté de création, liberté du commerce et de l'industrie, droit du public à l'information et intérêts supérieurs des Etats, voire de l'humanité. La propriété n'est donc pas la seule relation qui puisse exister entre les personnes et les choses : le droit conçoit la notion de « choses communes » dont l'usage doit demeurer commun à tous en raison de leur valeur sociale, culturelle, scientifique.

Les choses communes matérielles sont cependant rares (haute mer, patrimoines communs de l'humanité) : la propriété exerce en effet son emprise sur un nombre croissant d'objets. De nombreuses choses autrefois communes sont ainsi devenues des biens publics ou privés.

Dans le domaine immatériel, les idées, les informations reflétant les données du monde réel, les découvertes scientifiques,⁶³³ les œuvres de l'esprit et les inventions au terme de leur protection, regroupées sous l'appellation de *domaine public*, peuvent⁶³⁴ être considérées comme des choses communes : il conviendrait d'ailleurs plus justement de les désigner par l'expression de *domaine commun*.⁶³⁵ Mais dans le domaine immatériel aussi, des modes d'appropriation, notamment via le développement des droits de propriété intellectuelle, exercent leur emprise sur un nombre croissant d'anciennes choses communes.

Il existe donc une logique propre à la chose commune. Quels en sont les principes ?

⁶³¹ Durkheim, par exemple, s'est intéressé à la manière dont chaque société définit la frontière qu'elle trace entre l'appropriable et l'inappropriable : E. Durkheim, *Leçons de sociologie, physique des mœurs et du droit*, Publication de l'Université d'Istanbul, 1950 (leçons 11 à 14).

⁶³² Par exemple, de l'eau prélevée revendue en bouteille.

⁶³³ De nouveau, c'est le droit qui décide de l'inappropriabilité des informations et des découvertes scientifiques, en raison de leur fonction sociale.

⁶³⁴ En général, en effet, la doctrine fait des œuvres de l'esprit tombées dans le domaine public des choses communes.

⁶³⁵ Ce domaine commun englobe les choses non protégeables en raison d'intérêts collectifs majeurs qui s'opposent à leur monopolisation, et inclut par ailleurs les choses dont la protection a expiré.

Premièrement, leur usage, individuel et concurrent, est libre, égal⁶³⁶ et gratuit : il ne requiert, en général, pas d'autorisation, ni de redevance.⁶³⁷

Deuxièmement, dans le domaine matériel, l'usage des choses communes (leur exploitation) ne peut en altérer la substance. Pour ce faire, cet usage peut être réglementé : il peut alors exister des règles pour restreindre la liberté et la gratuité d'usage dans une optique de conservation de la substance de la chose commune, garante de la perpétuation de son usage commun. Néanmoins, selon M.-A. Chardeaux, ce devoir de conservation de la substance de la chose commune pour ne pas compromettre la faculté d'usage de tous n'existe qu'à l'état embryonnaire. Or, une chose commune ne peut être dégradée significativement⁶³⁸ toute atteinte à ce principe devrait engager la responsabilité civile délictuelle. Il serait donc opportun de prévoir un processus de réparation. Il conviendrait également que les choses communes soient dotées d'un gardien.⁶³⁹

Des obstacles pratiques s'opposent toutefois à cette évolution : comment évaluer les dommages portés aux choses communes, vu que celles-ci sont soustraites aux lois du marché ? A qui seraient alloués les dommages et intérêts ? En l'absence d'identification d'un responsable du dommage, comment indemniser ? Les mécanismes juridiques sont conçus pour les dommages aux personnes, et non pour les atteintes à la chose commune elle-même ou à des intérêts collectifs... Il existe toutefois des pistes de solutions face à ces obstacles. La réparation en nature serait en effet appropriée.⁶⁴⁰ Il conviendrait de prévoir dans le droit une réparation aux atteintes portées à des intérêts collectifs.⁶⁴¹ On pourrait également mettre en place des fonds d'indemnisation.⁶⁴²

Dans le domaine matériel, plusieurs remarques doivent être prises en compte. D'un côté, quasiment tous les biens communs sont devenus des biens publics, à l'exception de la haute mer. Certaines pratiques envers celle-ci témoignent de ce que son caractère de chose commune n'incite guère à prendre des mesures individuelles, ruinées par les comportements de tiers, ou même des mesures collectives effectives en faveur de sa conservation. Mais cette situation tient justement au fait que le statut juridique de la chose commune devrait être amélioré. Il devrait être possible

⁶³⁶ Le plus souvent, toutefois, il s'agit d'une égalité de droit et moins de fait.

⁶³⁷ Il existe toutefois des exemples de domaine public payant (dont l'usage est libre, mais payant).

⁶³⁸ Il existe des seuils de pollution acceptables.

⁶³⁹ Cf. l'Autorité des fonds marins évoquée au chapitre 4.

⁶⁴⁰ Elle existe dans certains droits nationaux, en matière d'environnement.

⁶⁴¹ Voir la Convention de Lugano de 1993 sur la réparation des dommages causés à l'environnement. Ces intérêts collectifs pourraient être représentés par des associations ou des autorités publiques sur le modèle des syndicats qui se portent partie civile pour leur profession.

⁶⁴² Un tel devoir de conservation de la *res communis* qui engagerait la responsabilité civile délictuelle s'oppose à l'idée (néolibérale) selon laquelle ce qui n'appartient à personne est offert à la destruction de chacun (la fameuse *tragédie des communs*): Garrett Hardin, *The tragedy of the commons*, in *Science*, 1968. Deux solutions étaient proposées par G. Hardin face à cette tragédie des communs : le droit de propriété ou la gestion des communs par une agence politique.

d'agir en justice quand on est empêché de jouir d'une *res communis* par un tiers ou que celle-ci est significativement dégradée. De l'autre côté, le problème lié aux droits de propriété réside dans le droit d'abus que peut exercer le propriétaire sur son bien.⁶⁴³ On met généralement en avant le fait que les droits de propriété ont historiquement rendu productifs les anciens communaux, mais leur appropriation a conduit également à générer beaucoup d'exclus et de dégradations.⁶⁴⁴

Dans le domaine immatériel, la sortie de certains éléments du domaine commun et leur entrée dans la sphère des biens appropriables par le biais de droits de propriété intellectuelle ont révélé, par les obstacles qu'elles suscitent en matière d'accès à ces éléments, que cette évolution ne conduit pas à une utilisation optimale de ces ressources.⁶⁴⁵ Cette situation plaide pour la définition d'un régime positif concernant le domaine commun immatériel et pour l'instauration de règles permettant d'en assurer la conservation, d'en garantir la disponibilité publique, d'en stimuler l'usage et d'en interdire la réservation.

2) Quelques contours de la notion de patrimoine commun de l'humanité

La notion de patrimoine commun de l'humanité est à rapprocher de celle de *res communis*. Ce concept classique issu du droit romain signifie que personne ne peut s'approprier la chose en question : elle constitue un bien dont l'usage est commun à tous. Ce concept vise à soustraire l'objet concerné aux intérêts privatifs, témoigne de la reconnaissance de l'intérêt et de l'importance de la préservation de cet objet pour une communauté, ici l'humanité, et de la nécessité de ce que son utilisation soit partagée.⁶⁴⁶

⁶⁴³ Une solution à ce problème serait de promouvoir des droits de propriété individuels ou publics assortis de contraintes fortes sur la gestion des biens (en matière de conservation ou d'impacts environnementaux, par exemple, etc.). Un organe de contrôle agissant au nom de l'intérêt public s'avérerait alors nécessaire.

⁶⁴⁴ L'épisode historique du mouvement des *enclosures* en Angleterre, vaste entreprise d'allotissement et de clôture des champs ouverts et des communaux de la fin du 15^{ème} siècle au milieu du 19^{ème} siècle, illustre bien cette dernière conséquence. On a pu y observer la fin de la solidarité qui caractérisait la politique des champs ouverts et des communaux, l'apparition d'une masse de miséreux et d'exclus, et l'indifférence du système par rapport au sort de ces derniers. La quantité de terres est restée inchangée ; pourtant une masse d'exclus ne pouvait plus en tirer parti. On a pu constater que l'abondance, l'accumulation ne résolvait pas le sort des pauvres : au contraire, ceux-ci étaient exclus des fruits de la croissance de la production. Le processus enclenché fut producteur d'une misère qui n'existait pas auparavant, lorsque la production et l'accès aux terres et à leurs produits étaient déterminés par les besoins liés à la subsistance : P. Demouchel, *op. cit.*

⁶⁴⁵ La *tragédie des anti-communs* en est un autre effet : on observe ce phénomène quand plusieurs individus (agissant séparément) sous-exploitent une ressource donnée. Le risque que se produise une telle situation augmente avec l'enchevêtrement des droits de propriété car les titulaires de droit peuvent se bloquer. Les biotechnologies seraient sujettes à de telles situations, et en particulier la recherche biomédicale: M. A. Heller, R. S. Eisenberg, *Can patents deter innovation? The anticommons in biomedical research*, in *Science*, May 1998, vol. 280, n° 5364, pp. 698-701.

⁶⁴⁶ La notion de *patrimoine*, dans ce contexte, renvoie à celle d'*héritage*, tout comme c'était déjà le cas en droit romain (*patrimonium* désignait ce qui vient des pères et qu'il faut conserver pour les générations futures, et évoquait l'idée de responsabilité) : selon certaines interprétations juridiques elle ne relève pas du paradigme de la propriété au sens où l'humanité, sujet de droit, serait désignée comme « propriétaire » du patrimoine commun. Selon ces interprétations, en effet, l'humanité passée, présente et future ne pourrait pas être un sujet de droit.

La Déclaration de Castellon⁶⁴⁷ définit le régime juridique du patrimoine commun de l'humanité de la façon suivante :

- « i. Appartenant à l'humanité, le patrimoine commun de l'humanité ne peut faire l'objet d'appropriation ;⁶⁴⁸
- ii. il doit être utilisé à des fins pacifiques ;⁶⁴⁹
- iii. il doit être sauvegardé et son exploitation doit se faire dans l'intérêt de tous les êtres humains, de tous les peuples et de toutes les nations sans discrimination ;
- iv. son utilisation doit être rationnelle afin d'en permettre le renouvellement et la conservation ;
- v. les avantages tirés de son utilisation doivent bénéficier équitablement à tous les États, tous les hommes et tous les peuples ».

La notion de patrimoine commun de l'humanité est donc douée d'une fonction écologique ; elle est, par ailleurs, proche de la conception du Nouvel Ordre économique international⁶⁵⁰ en ce qu'elle tente d'éviter que les pays les plus développés n'utilisent leur avance technologique pour se réserver de manière exclusive ou privilégiée les ressources placées sous sa protection.⁶⁵¹

Pour certains auteurs, les principes juridiques du patrimoine commun de l'humanité et des *res communis* pourraient constituer des bases de réflexion fécondes, même s'ils admettent que la période actuelle ne semble pas propice à donner un réel souffle à ces notions. Mais pour Dardot et Laval « viser le bien commun par la production de biens communs qui constitueraient un patrimoine commun » n'est pas suffisant. En effet, produire des biens communs est sans doute trop limitatif : l'idée d'une alternative généralisable - et pour ce faire d'une révolution économique faisant du commun le principe philosophique et politique central (dans une perspective qui n'a rien de communiste, comme l'explique longuement leur ouvrage) - est certainement un projet plus ambitieux et plus soutenable, dans le sens où il repose sur l'idée qu'un bien commun décrété par des experts est antidémocratique et qu'il faut lui préférer un projet de démocratie participative.⁶⁵²

⁶⁴⁷ UNESCO, Conférence générale, 30^{ème} session, Paris, 1999.

⁶⁴⁸ En outre, les États ne peuvent acquérir sur celui-ci de droits souverains.

⁶⁴⁹ Et peut l'être par tous les États.

⁶⁵⁰ Soucieux de justice entre les pays du Nord et les pays du Sud.

⁶⁵¹ Nous définirons plus en profondeur les principes juridiques, les domaines d'application et l'histoire du concept de patrimoine commun de l'humanité dans le chapitre 4 consacré aux ressources génétiques, notre objectif étant, dans cet autre chapitre, de déterminer si la notion de patrimoine commun de l'humanité peut apporter un cadre juridique permettant d'améliorer la gestion, dans l'intérêt de l'humanité, des biens communs que constituent les ressources génétiques.

⁶⁵² Dardot et Laval, *op.cit.*, p. 24-25.

3) Quelques contours de la notion de domaine public

La notion de *domaine public* recouvre différentes réalités, selon les circonstances et les domaines juridiques. De façon générale, l'expression de domaine public suggère l'idée de liberté : libre accès à la ressource du domaine public par opposition à l'accès payant, fait de ne pas être soumis à un quelconque consentement pour y accéder ou en faire usage, liberté de commerce par opposition aux monopoles. Néanmoins, elle peut aussi signifier, selon le cas, propriété et contrôle communs, ou encore droit édicté en commun d'interdire certains types d'usage relatifs à la ressource envisagée. Par ailleurs, le domaine public peut également être payant, faire l'objet d'une réglementation, etc. Ces différents aspects sont tour à tour, et selon les circonstances, mis en avant par ceux qui se réfèrent à la notion de domaine public.⁶⁵³

Selon Aurélien Vandeburie,⁶⁵⁴ le domaine public, en droit administratif, se justifie par son affectation à l'usage de tous et doit généralement être désigné comme tel par une autorité compétente. Ce chercheur montre que la doctrine et la jurisprudence, en Belgique comme en France, conçoivent le domaine privé comme la règle et le domaine public comme l'exception. L'auteur propose de renverser la logique existante : le domaine public deviendrait la règle, et le domaine privé l'exception. Le domaine public se jugerait au regard de son utilité publique ou de service public, d'après les besoins et l'intérêt de la collectivité, un critère fonctionnel qui conduirait à une extension du domaine public. Les biens faisant partie du domaine public seraient décrétés inaliénables, insaisissables et imprescriptibles ; des utilisations privatives de ce domaine public pourraient être tolérées, à condition de rester conformes avec l'usage du bien en question ou de ne pas être incompatibles avec sa destination, ni contraires à l'intérêt général. Elles ne pourraient cependant pas être réalisées librement par les intéressés : ceux-ci devraient trouver un accord avec l'autorité de contrôle compétente. Elles pourraient être modifiables et révocables à tout moment pour des raisons d'intérêt général.

Cette conception répond au souci de protéger le domaine public des emprises des particuliers. Cette préoccupation propre au droit administratif se retrouve en droit de l'environnement, mais aussi sur les questions de propriété intellectuelle qui nous concernent ici. Bien que le domaine public immatériel soit plus exactement un *domaine commun*,⁶⁵⁵ il paraîtrait également justifié, ainsi qu'opportun, de renverser la perspective - concevoir le domaine public (commun) comme premier et le domaine privé comme l'exception - et d'élargir le domaine public immatériel aux objets d'utilité générale, selon les besoins et l'intérêt de la collectivité.

⁶⁵³ J. Boyle, *The Second Enclosure Movement and the Construction of the Public Domain*, p. 66, in *Law and Cont. Prob.* 33, Winter/Spring 2003.

⁶⁵⁴ A. Vandeburie, *De la définition de la domanialité et des utilisations économiques nouvelles des domaines public et privé*, Université Libre de Bruxelles, Année académique 2003-2004, 18 p. (travail d'étudiant non publié à notre connaissance).

⁶⁵⁵ Le domaine public du droit administratif et du droit public en général n'a rien de commun avec l'expression relativement récente de domaine public dans le cadre de la propriété intellectuelle : celui-ci n'a rien d'une propriété de l'État. Cette expression de domaine public désignant tout ce qui n'est pas ou plus protégé par un droit de propriété intellectuelle provient d'une confusion entre *res communes* et *res publicae* du droit romain.

Un jugement de la Cour Suprême des États-Unis de 1966, dans le cadre d'une affaire relative à un brevet, nous permet d'insister sur cet aspect, à nos yeux déterminant, relatif à la notion de domaine public immatériel : selon la Cour, un brevet ne peut confisquer un savoir existant dans le domaine public ou restreindre le libre accès aux matériaux déjà disponibles. Ce jugement permet de rétablir le point de vue selon lequel le domaine public est premier et le droit de propriété intellectuelle l'exception : la propriété intellectuelle, dont un des objectifs est également de promouvoir l'accès à de nouvelles innovations peut, une fois cette perspective ré-adoptée, être légitimement soumise à des limites.⁶⁵⁶

Cette position, qui peut apparaître comme une généralité, traduit en réalité une modification d'attitude radicale par rapport aux pratiques actuelles.

En théorie, en effet, l'importance du domaine public est reconnue dans le domaine de la propriété intellectuelle. L'OMPI, par exemple, dans le cadre de son Plan d'action pour le développement (2007), a émis des recommandations relatives au domaine public.⁶⁵⁷ Dans le domaine du droit d'auteur et du copyright, le *Manifeste pour le domaine public* (2010)⁶⁵⁸ souligne le caractère primordial du domaine public : « Un domaine public riche et bien entretenu est l'une des conditions pour que chacun, où qu'il soit dans le monde, bénéficie des principes de l'article 27(1) de la Déclaration universelle des droits de l'Homme (« Toute personne a le droit de prendre part librement à la vie culturelle de la communauté, de jouir des arts et de participer au progrès scientifique et aux bienfaits qui en résultent ») ». ⁶⁵⁹ P. Samuelson distingue quant à elle huit valeurs essentielles du domaine public dans les régimes du droit d'auteur et des brevets : « Il est une composante de la création de nouveaux savoirs ou de la création; il favorise l'imitation concurrentielle; il favorise l'innovation ultérieure; il offre un accès à l'information à faible coût; il donne accès au patrimoine culturel; il promeut l'éducation; il promeut la santé publique et la sécurité; il promeut la démocratie et les valeurs démocratiques ». ⁶⁶⁰

⁶⁵⁶ Affaire *Graham v. John Deere Co*, 383 US.1, 5-6 (1966), citée par J. Boyle, *op. cit.*

⁶⁵⁷ D'après l'OMPI, il convient de « prendre en considération la préservation du domaine public dans l'élaboration des normes à l'OMPI et [d'] approfondir l'analyse des conséquences et des avantages d'un domaine public riche et accessible » (recommandation 16 de ce plan) (...), ainsi que de « promouvoir les activités d'établissement de normes relatives à la propriété intellectuelle favorisant la consolidation du domaine public dans les États membres de l'OMPI, y compris l'élaboration éventuelle de principes directeurs susceptibles d'aider les États membres intéressés à recenser les objets tombés dans le domaine public sur leurs territoires respectifs » (recommandation 20). Voir l'ensemble des recommandations sur <http://www.wipo.int/ip-development/fr/agenda/recommendations.html> (page consultée le 13/12/2015) .

⁶⁵⁸ Élaboré dans le contexte du réseau thématique européen sur le domaine public numérique COMMUNIA.

⁶⁵⁹ Voir le Manifeste à la page <http://www.publicdomainmanifesto.org/french> (page consultée le 13/12/2015).

⁶⁶⁰ P. Samuelson, cité par S. Dussolier, in OMPI, *Etude exploratoire sur le droit d'auteur et les droits connexes et le domaine public*, 2010, accessible sur http://www.wipo.int/export/sites/www/ip-development/fr/agenda/pdf/scoping_study_cr.pdf (page consultée le 13/12/2015).

Dans les faits, toutefois, le domaine public immatériel a tendance à s'éroder en raison de l'évolution du droit et des pratiques en matière de propriété intellectuelle, ainsi que, dans le domaine du droit d'auteur, du *copyfraud* (fraude du droit d'auteur).⁶⁶¹

Le fait que le domaine public ne soit pas défini, sauf en creux, par le droit de la propriété intellectuelle constitue un problème à cet égard : cela ne rend pas aisées les actions en justice face aux tentatives d'appropriation du domaine public. Pour en favoriser le respect et la reconnaissance, une définition positive du domaine public devrait donc être introduite dans les textes de loi.

Le domaine public de l'information est par exemple défini (de façon non contraignante) par l'UNESCO dans les termes suivants : « L'UNESCO soutient fortement l'accès au domaine public informationnel ou "indivis mondial de l'information". Ce domaine public informationnel est constitué par l'information publiquement accessible, dont l'utilisation ne porte atteinte à aucun droit légal, ne viole aucun autre droit communautaire (par exemple les droits des populations autochtones) ou n'enfreint aucune obligation de confidentialité. Le domaine public informationnel englobe donc l'ensemble des oeuvres ou objets de droits apparentés qui peuvent être exploités par quiconque sans autorisation, par exemple parce que la protection n'est pas assurée en vertu du droit national ou international, en raison de l'expiration du délai de protection, ou à cause de l'absence d'un instrument international assurant la protection dans le cas des œuvres ou objets de droits apparentés étrangers ». ⁶⁶² On constate, à travers cet exemple, que le domaine public est uniquement défini de façon négative, comme tout ce qui n'est pas protégé par des droits de propriété intellectuelle. Certains auteurs proposent dès lors que des travaux s'attachent à définir positivement ce domaine public, à en recenser le contenu et à en établir le ou les statuts juridiques.

Ces dernières années, la recherche sur le domaine public s'est donc développée, mais en grande partie dans le domaine du *copyright*. L'*enclosure* (la clôture) du domaine public, sa défense contre l'appropriation injustifiée ont stimulé cette recherche et le projet d'améliorer son régime légal. Afin de susciter une définition positive du domaine public en droit de la propriété intellectuelle, des actions en justice ont été introduites, mais elles n'ont pas vraiment porté leurs fruits. Dans le domaine du droit d'auteur, le *Manifeste du domaine public* propose certains éléments de définition du domaine public, mais ce texte n'a pas de valeur contraignante. Pour tenter d'avancer dans la recherche de solutions à cette question de savoir comment la loi peut protéger et rendre effectif ce domaine public, une représentation erronée de ce qu'est le domaine public doit, selon S. Dusollier, être corrigée : ⁶⁶³ dans le domaine de la propriété intellectuelle, la métaphore du domaine public conduit à concevoir ce dernier comme un domaine homogène, ce qu'il n'est pas, ⁶⁶⁴ et finalement comme un territoire par défaut, défini seulement négativement

⁶⁶¹ Le *copyfraud* désigne les réappropriations illégitimes d'éléments du domaine public à travers de fausses déclarations de droits d'auteur, les restrictions d'utilisation illégitimes, les réappropriations d'éléments du domaine public via le droit des bases de données, le droit des marques ou via des mesures techniques de protection, etc.

⁶⁶² Voir le portail de l'UNESCO : http://portal.unesco.org/ci/fr/ev.php-URL_ID=1535&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html (page consultée le 13/12/2015).

comme tout ce qui n'est pas protégeable (protégé) par un droit de propriété intellectuelle.⁶⁶⁵ Cette façon erronée de le concevoir aurait ruiné les tentatives pour le préserver. Le domaine public pourrait être plus judicieusement défini comme un ensemble de pratiques culturelles ou scientifiques d'intérêt général, qui recouvre en outre le domaine du savoir déjà accessible. Le paradigme de la propriété intellectuelle aurait donc, pour ainsi dire, construit à dessein la représentation du domaine public comme un domaine par défaut, sans statut positif et effectif, dont les éléments peuvent toujours devenir éligibles pour une protection (l'absence de définition consensuelle des notions d'invention et de découverte en droit des brevets, par exemple, contribuent à cette situation). Par conséquent, ce qui importerait aujourd'hui, selon cet auteur, ce ne serait pas seulement de faire entrer tels ou tels éléments dans le domaine public, mais de donner à celui-ci un réel statut positif et une protection solide à travers des principes qui lui donnent une pleine effectivité.

Droit d'auteur et domaine public : quelques principes généraux

Depuis quelques années, de nombreuses propositions ont été faites afin de renforcer le domaine public dans le domaine du droit d'auteur. L'idée de domaine public volontaire en est une (elle est par exemple mise en œuvre via des outils juridiques comme la licence CC0 (*Creative Commons Zero – Public Domain Dedication*)).⁶⁶⁶ L'OMPI travaille également sur cette question du domaine public volontaire.⁶⁶⁷

⁶⁶³ S. Dusollier, *Mapping the Public Domain in Intellectual Property: beyond the Metaphor of a Domain*, Working Paper (June 06), 30 p.; Dusollier S., *Draw me a public domain*, in P. Torremans, *Copyright Law* (ouvrage collectif), Ed. Edward Elgar, Cheltenham, 2007, p. 161-184; Dusollier S., *Le domaine public, garant de l'intérêt public en propriété intellectuelle*, in *L'intérêt général et l'accès à l'information en propriété intellectuelle* (ouvrage collectif), p117-147, Bruylant, Bruxelles, 2008; Dusollier S., *The public domain in intellectual property: beyond the metaphor of a domain*, in Icfai University Press, *Intellectual property and public domain* (ouvrage collectif), p. 31-69, 2009.

⁶⁶⁴ Comme en témoigne la synthèse réalisée par S. Dusollier, *Mapping the Public Domain...*, *op. cit.*, p. 28-30, des différents domaines couverts par cette expression en droit des brevets en Europe.

⁶⁶⁵ S. Dusollier confirme en effet que l'on assiste à une diminution du domaine public (p. 2). Elle explique que c'est en raison de la conception même que nous avons du domaine public que celui-ci s'érode: « On peut même dire dans certains cas que le mécanisme du domaine public est bien plus au service des droits intellectuels qu'à celui du public. Il est en effet conçu par la propriété intellectuelle comme un champ d'exclusivités futures » car « nous avons négligé de construire un régime positif du domaine public qui lui permettrait de se défendre et d'empêcher la reconstitution d'un monopole » (p. 5-6) : S. Dusollier, *Le domaine public garant...*, *op. cit.*

⁶⁶⁶ Néanmoins, celle-ci pourrait éventuellement poser des problèmes de compatibilité juridique, par exemple en France, où le droit moral de l'auteur est réputé inaliénable : il faudrait sans doute, pour les rendre parfaitement compatibles, modifier le Code de la propriété intellectuelle français. Quelques pays autorisent toutefois expressément et officiellement ce passage dans le domaine public.

⁶⁶⁷ OMPI, *Etude exploratoire sur le droit d'auteur et les droits connexes et le domaine public*, 2010, par S. Dusollier, accessible sur http://www.wipo.int/export/sites/www/ip-development/fr/agenda/pdf/scoping_study_cr.pdf (page consultée le 13/12/2015).

Le *Manifeste du domaine public* énonce également quelques principes pour la préservation du domaine public en droit d'auteur, parmi lesquels :

« Le domaine public est la règle, la protection par le droit d'auteur l'exception » ;

« Ce qui est dans le domaine public doit rester dans le domaine public » ;

« Les contrats et les mesures techniques de protection qui restreignent l'accès et la réutilisation des œuvres du domaine public ne doivent pas être mis en œuvre » ;

« Toute tentative infondée ou trompeuse de s'approprier des œuvres du domaine public doit être punie légalement » ;

« Aucun autre droit de propriété intellectuelle ne doit être utilisé pour reconstituer une exclusivité sur des œuvres du domaine public ».

Le *Rapport Lescure* (2013) portant sur l'exception culturelle française contient lui aussi une série de recommandations pour protéger, promouvoir et valoriser le domaine public dans le domaine du droit d'auteur : « Renforcer la protection du domaine public dans l'univers numérique ; établir dans le code de la propriété intellectuelle une définition positive du domaine public ; indiquer que les reproductions fidèles d'œuvres du domaine public appartiennent aussi au domaine public, et affirmer la prééminence du domaine public sur les droits connexes » (proposition 74).

D'autres recommandations ont été faites par ailleurs dans les rapports suivants : *Éléments pour la réforme du droit d'auteur* par la Quadrature du Net ;⁶⁶⁸ *Rapport Open Glam pour l'ouverture des données et des contenus culturels* ;⁶⁶⁹ *Rapport du Comité des Sages européens sur les partenariats public-privé* ;⁶⁷⁰ tentative de synthèse de ces divers documents dans un article de Lionel Maurel ;⁶⁷¹ etc. Parmi ces propositions, instaurer des sanctions en cas d'atteinte à l'intégrité du domaine public s'avère essentiel. Par contre, dans le domaine immatériel, les propositions de domaine public payant semblent devoir être combattues. Plusieurs pays ont mis en œuvre cette idée d'un domaine public payant en droit d'auteur (l'Argentine, le Sénégal...) ⁶⁷² et plusieurs sociétés d'ayants droit français la défendent, invoquant parfois Victor Hugo ou Jean Zay qui auraient, selon eux, défendu cette idée. Néanmoins, les quelques lignes consacrées à ces auteurs ci-dessous montrent que leurs propositions avaient des objectifs plus nobles que les propositions actuelles.

⁶⁶⁸ Voir le rapport sur <https://www.laquadrature.net/fr/elements-pour-la-reforme-du-droit-dauteur-et-des-politiques-culturelles-liees> (page consultée le 13/12/2015).

⁶⁶⁹ Voir le rapport sur <http://www.donneeslibres.info/> (page consultée le 13/12/2015).

⁶⁷⁰ Voir un résumé du rapport sur [http://www.sgd.l.org/phocadownload/ressources/rapports/2011%20-%20rapport%20du%20Comit%C3%A9%20des%20Sages%20sur%20la%20mise%20en%20ligne%20du%20patrimoine%20culturel%20-%20r%C3%A9sum%C3%A9%20\(fra\).pdf](http://www.sgd.l.org/phocadownload/ressources/rapports/2011%20-%20rapport%20du%20Comit%C3%A9%20des%20Sages%20sur%20la%20mise%20en%20ligne%20du%20patrimoine%20culturel%20-%20r%C3%A9sum%C3%A9%20(fra).pdf) (page consultée le 13/12/2015).

⁶⁷¹ Voir L. Maurel, *I have a dream pour le domaine public en France*, 27/10/2012, sur le blog de l'auteur : <http://scinfolex.com/2012/10/27/i-have-a-dream-une-loi-pour-le-domaine-public-en-france/> (page consultée le 13/12/2015).

En effet, Victor Hugo⁶⁷³ a joué un rôle important à la fin du 19ème siècle dans le débat et dans l'évolution du droit d'auteur. Il a effectivement développé l'idée d'un domaine public payant dans deux de ses discours, mais il était partisan d'un domaine public immédiat (ou anticipé), et l'objectif de sa proposition de domaine public payant avait pour but de financer les jeunes créateurs, objectif non encore résolu à notre époque, et qui se trouve (en principe) au cœur de la problématique de la propriété intellectuelle, mais qui n'est pas celui que visent les défenseurs actuels d'un domaine public payant.

Victor Hugo proposait que les héritiers d'un auteur perçoivent une redevance perpétuelle sur son œuvre (cette redevance aurait concerné uniquement les héritiers directs de l'auteur, c'est-à-dire son conjoint et ses enfants), mais qu'ils ne reçoivent pas le droit de contrôle sur l'œuvre, celle-ci pouvant dès lors être exploitée librement dès la mort de l'auteur : « L'héritier du sang est l'héritier du sang. L'écrivain, en tant qu'écrivain, n'a qu'un héritier, c'est l'héritier de l'esprit, c'est l'esprit humain, c'est le domaine public. Voilà la vérité absolue ». Après la mort des héritiers directs, la redevance aurait permis de soutenir les jeunes écrivains (les livres n'auraient donc jamais rejoint totalement le domaine public) : « Y aurait-il rien de plus grand que ce secours admirable, que cet auguste héritage, légué par les illustres écrivains morts aux jeunes écrivains vivants ? (...) Les législateurs ont attribué à l'héritier du sang une faculté qui est pleine d'inconvénients, celle d'administrer une propriété qu'il ne connaît pas, ou du moins qu'il peut ne pas connaître. L'héritier du sang est le plus souvent à la discrétion de son éditeur. Que l'on conserve à l'héritier du sang son droit, et que l'on donne à l'héritier de l'esprit ce qui lui appartient, en établissant le domaine public payant, immédiat ».

Il proposait également que le droit moral s'éteigne à la mort de l'auteur : « L'auteur donne le livre, la société l'accepte ou ne l'accepte pas. Le livre est fait par l'auteur, le sort du livre est fait par la société. L'héritier ne fait pas le livre ; il ne peut avoir les droits de l'auteur. L'héritier ne fait pas le succès ; il ne peut avoir le droit de la société [...] Avant la publication, l'auteur a un droit incontestable et illimité [...] Mais dès que l'œuvre est publiée l'auteur n'en est plus le maître. C'est alors l'autre personnage qui s'en empare, appelez-le du nom que vous voudrez : esprit humain, domaine public, société. C'est ce personnage-là qui dit : Je suis là, je prends cette œuvre, j'en fais ce que je crois devoir en faire, moi esprit humain ; je la possède, elle est à moi désormais ». Et il ajoutait : « Le principe est double, ne l'oublions pas. Le livre, comme livre, appartient à l'auteur, mais comme pensée, il appartient — le mot n'est pas trop vaste — au genre humain. Toutes les intelligences y ont droit. Si l'un des deux droits, le droit de l'écrivain et le droit

⁶⁷² Au Sénégal, il existe un domaine public payant sur le folklore dont l'exploitation doit donner lieu à déclaration et paiement d'une redevance. Il s'agit donc d'une taxe instaurée sur le domaine public : voir L. Maurel, *L'étrange domaine public payant du Sénégal et ce qu'il nous apprend*, 15/12/2014, sur le blog de l'auteur : <http://scinfolex.com/2014/12/15/letrange-domaine-public-payant-du-senegal-et-ce-quil-nous-apprend/> (page consultée le 13/12/2015).

⁶⁷³ Cette analyse est une synthèse de celle de L. Maurel, *Victor Hugo n'aurait pas voulu ça !*, avril 2014, article accessible sur le blog de l'auteur : <http://scinfolex.com/2014/04/30/domaine-public-payant-victor-hugo-naurait-pas-voulu-ca/> (page consultée le 13/12/2015)..

de l'esprit humain, devait être sacrifié, ce serait, certes, le droit de l'écrivain, car l'intérêt public est notre préoccupation unique, et tous, je le déclare, doivent passer avant nous ».

L'objectif de Victor Hugo était noble, néanmoins l'accès au domaine public pour tous est plus fondamental encore que le soutien aux jeunes créateurs, pour qui d'autres financements pourraient d'ailleurs être envisagés.

De son côté, dans un projet de loi du 13 août 1936, Jean Zay⁶⁷⁴ avait proposé lui aussi l'idée d'un domaine public anticipé : les droits patrimoniaux courraient 50 ans après la mort de l'auteur, mais son œuvre serait librement exploitable dix ans après sa mort en échange de redevances versées aux ayants-droit jusqu'à l'extinction des droits patrimoniaux, l'œuvre tombant ensuite totalement dans le domaine public.

De nouveau, l'idée d'un domaine public anticipé chez Jean Zay était une bonne idée, mais celle d'un domaine public payant (défendue de nos jours pour financer la conservation du domaine public, par exemple) est contradictoire avec le fait que le domaine public immatériel est en réalité un domaine commun, inappropriable et hors commerce si l'on suit la définition des choses communes présentée ci-dessus.⁶⁷⁵

Pour en revenir aux propositions actuelles, certains, dans le but de contrer l'érosion du domaine public et le *copyfraud*, cherchent le moyen d'introduire des mécanismes visant à neutraliser la possibilité de faire renaître des droits sur le domaine public... et en viennent parfois à se demander si le domaine public ne serait pas mieux protégé via un mécanisme juridique proche de celui du *copyleft* avec condition de partage à l'identique (*Share Alike*).⁶⁷⁶ Certains substituent même les termes de *commons* ou d'*open content*⁶⁷⁷ à celui de *domaine public* pour insister sur son usage ouvert et libre, et sur la nature collective et partagée de cet usage.⁶⁷⁸

Dans le domaine du droit d'auteur, beaucoup de propositions ont ainsi vu le jour, mais peu de concrétisations juridiques autour de la notion de domaine public en résultent. Comme en témoigne le retrait de l'article consacré au domaine public dans un tout récent projet de loi

⁶⁷⁴ Voir L. Maurel, *Jean Zay et la possibilité d'un retour aux origines du domaine public*, mars 2014, article accessible sur le blog de l'auteur : <http://scinfolex.com/2014/03/21/jean-zay-et-la-possibilite-dun-retour-aux-origines-du-domaine-public/> (page consultée le 13/12/2015).

⁶⁷⁵ La question du domaine public payant en relation avec celle de la protection des savoirs traditionnels fera toutefois l'objet d'un examen spécifique dans le chapitre 4 de cette recherche.

⁶⁷⁶ Cf. infra dans ce chapitre.

⁶⁷⁷ Cf. infra dans ce chapitre.

⁶⁷⁸ De même, en dehors du droit d'auteur, certains estiment qu'appliquer un *copyleft* pour protéger les semences et les gènes serait la seule solution envisageable en pratique à l'heure actuelle : voir par exemple D. Bollier, *Time for a copyleft for seeds and genes*, janvier 2013, article accessible sur le site personnel de l'auteur : <http://www.bollier.org/blog/time-copyleft-seeds-and-genes> (page consultée le 13/12/2015). Nous traiterons de cette question dans le chapitre 4.

français,⁶⁷⁹ le problème se situe manifestement au niveau de la pression exercée par les acteurs favorables à l'élargissement de la propriété intellectuelle et dans le manque de volonté politique qui s'ensuit.

Brevets et domaine public

Dans le domaine des brevets, par contre, nous avons rencontré très peu de propositions visant à préciser la définition du domaine public et très peu d'articles traitant de cette question.

Dans son sens le plus large, le domaine public désigne « la somme des connaissances dans les domaines de la science, de la technologie, des savoir-faire, de la musique et de la littérature mises à la disposition du public depuis les débuts de la civilisation ».⁶⁸⁰ En droit des brevets, il n'existe pas de définition du domaine public, ni même de définition officielle unique en dehors du droit des brevets qui puisse être utilisée à ce jour dans le cadre de ce droit. Comme dans le cadre du droit d'auteur, le domaine public y est défini négativement : il désigne le savoir ou les techniques déjà accessibles au public, c'est-à-dire soit qui ne sont pas protégées, soit qui ne sont plus protégées, soit qui sont exclues de la protection (exclusions et exceptions), ainsi que le savoir publié dans les brevets (et *uniquement ce savoir*, car la possibilité d'utiliser ce savoir pour mettre au point des innovations commerciales est, quant à elle, exclue durant la période de validité du brevet).⁶⁸¹

Certains experts auprès de l'OMPI considèrent que le domaine public dérive du droit des brevets⁶⁸², que ce dernier renforce le domaine public par l'information technique et les rapports sur l'état de la technique joints aux demandes de brevet, qu'il contribue à la préservation du domaine public par l'archivage de la documentation de brevets antérieure, et qu'un brevet donnant lieu à de nombreuses licences est proche du domaine public.⁶⁸³ Ces mêmes experts ont une conception strictement instrumentale du domaine public : « La rareté des études sur le domaine

⁶⁷⁹ Le domaine public y était assimilé aux *choses communes* (article 8) : voir <https://scoms.hypotheses.org/category/domaine-public>.

⁶⁸⁰ OMPI, *Etude sur les brevets et le domaine public - Résumé*, 2012, document CDIP/8/INF/3REV2, 28 février 2012.

⁶⁸¹ « Dans le système des brevets, le domaine public n'est pas le même que pour d'autres droits de propriété intellectuelle; en matière de brevets, le domaine public présente effectivement deux dimensions dont l'une est liée aux informations et l'autre aux actes. La première de ces dimensions concerne les informations figurant dans les documents publiés relatifs à la demande et à la délivrance d'un brevet ainsi que les données tirées des mesures prises par les offices, telles que les procédures d'opposition et les décisions judiciaires. La seconde de ces dimensions a trait à ce qui peut être entrepris avec les informations susmentionnées relevant du domaine public et qui est partiellement défini par chaque législation nationale du point de vue de la portée des droits de brevet et des exceptions et limitations de ces droits » : OMPI, *Ibidem*.

⁶⁸² « (Le domaine public) complète le système des brevets essentiellement en tant que produit dérivé des procédés suivants : i) la mise à disposition du public de tout nouveau produit ou procédé; ii) la juxtaposition d'éléments intellectuels, qu'ils se trouvent dans les documents de brevet eux-mêmes ou dans les savoirs disponibles hors des brevets; iii) la levée de toute restriction juridique liée à l'utilisation d'un produit ou d'un procédé en raison de l'expiration, de l'annulation ou de la révocation des droits de brevet ou de la renonciation à ces droits » : OMPI, *Ibidem*.

public (...) s'explique peut-être par le fait que cette notion a simplement été tenue pour acquise, comme l'air que nous respirons, et n'a pas été reconnue à sa juste valeur comme un produit qui peut être utilisé comme une ressource technique, conditionné pour être vendu et distribué, puis cultivé dans l'intérêt général ».⁶⁸⁴

Il est donc manifeste que, dans le domaine des brevets, la nécessité d'une réflexion approfondie sur la définition et la protection du domaine public se fait cruellement sentir. Nous y reviendrons dans la conclusion de ce chapitre.

4) Quelques contours de la notion de *culture libre*

Après avoir évoqué la figure de Richard Stallman,⁶⁸⁵ militant du logiciel libre (GNU), à l'origine de la *licence publique générale* (GPL) et de la popularisation du terme *copyleft* (jeu de mots traduisible par *gauche d'auteur* ou lieu de *droit d'auteur*), nous appuierons l'analyse de ce mouvement sur une de ses membres éminents : Lawrence Lessig,⁶⁸⁶ fondateur des *Creative commons* (CC) et l'une des voix les plus écoutées dans les débats sur les limites du droit d'auteur . Nous évoquerons également, un peu plus loin dans ce chapitre, James Boyle,⁶⁸⁷ autre membre fondateur des CC, mais aussi de *Science Commons*, qui vise à étendre l'esprit CC aux données scientifiques et techniques.

Richard Stallman

GNU's not Unix (GNU) est le nom du système d'exploitation libre développé par Richard Stallman pour être donné à tous selon la règle de réciprocité qui régissait à l'origine les comportements amicaux entre informaticiens. Cette démarche s'oppose à la généralisation des accords commerciaux (licences, non-divulgateur) dans le domaine des logiciels. GNU n'est pas placé dans le domaine public afin que des modifications subséquentes ne soient pas appropriées : chacun est autorisé à le modifier et à proposer ses modifications, mais des modifications

⁶⁸³ « Bien que l'objet protégé par brevet soit implicitement privé, il peut tout de même être utilisé par d'autres personnes – la somme d'un grand nombre de droits d'utiliser le bien privé d'autrui peut en effet ne présenter que peu de différence par rapport à la notion de "domaine public" : OMPI, *Ibidem*.

⁶⁸⁴ OMPI, *Ibidem*.

⁶⁸⁵ Richard Stallman, *Manifeste GNU*, (version numérique en traduction française) sur <http://www.gnu.org/gnu/manifesto.html> (page consultée le 13/12/2015).

⁶⁸⁶ Lawrence Lessig, *The future of ideas*, Random House, 2001 (traduction française : *L'avenir des idées*, PUL, 2005) et *Culture libre*, 2004, version numérique en traduction française sur http://www.generationcyb.net/IMG/pdf/Culture_Libre-Lawrence_Lessig.pdf (page consultée le 13/12/2015).

⁶⁸⁷ James Boyle, *The public domain : enclosing the commons of the mind*, 2008 (version numérique sur thepublicdomain.org); J. Boyle, *The Second Enclosure Movement and the Construction of the Public Domain*, in *Law and Cont. Prob.*, 33 (Winter/Spring 2003), article accessible sur <http://www.law.duke.edu/pd/papers/boyle.pdf>; J. Boyle, *A politics of intellectual property: environmentalism for the net*, 47, *Duke Law Journal*, 87 (1997); article accessible sur <http://www.law.duke.edu/boylesite/Intprop.htm> (pages consultées le 13/12/2015).

propriétaires ne peuvent pas être proposées. Le code source du système est accessible à tous et peut être librement amélioré : c'est en cela que l'on peut parler de logiciel *libre*, libre ne signifiant pas nécessairement totalement gratuit.

Pour R. Stallman, l'idée selon laquelle on a le droit de maîtriser l'utilisation qui est faite de sa créativité est une illusion : le droit naturel de propriété intellectuelle n'existe pas. La raison d'être historique de la propriété intellectuelle est le gain social. Or le modèle du *copyright* est un modèle qui lèse la société, matériellement et spirituellement, alors que d'autres types d'incitants/de rémunérations existent. En effet, limiter les copies n'est pas le seul modèle économique envisageable par l'industrie ; il est le plus courant parce qu'il est le plus lucratif. Il existe d'autres moyens de rémunérer la programmation,⁶⁸⁸ certes, sans doute de façon moindre, mais en tenant compte du fait que la notoriété, la considération, le plaisir de programmer sont déjà en soi des rémunérations.

Lawrence Lessig

Lawrence Lessig est une autre figure importante du mouvement qui revendique, dans un ouvrage du même nom, une *culture libre*. Selon lui, celle-ci était la norme il y a quelques générations ; nous lui devons la culture dans laquelle nous vivons. Mais elle aurait été rendue « féodale » par ceux qui industrialisèrent la culture au 20^{ème} siècle :

« Un tel système de propriété existe dans l'Histoire, et est bien connu de la tradition anglo-américaine. Il est appelé « féodalisme ». Sous ce système, non seulement la propriété était détenue par un nombre relativement restreint d'individus et d'entités, et non seulement les droits qui administraient cette propriété étaient puissants et exhaustifs, mais le système lui-même avait fortement intérêt à assurer que les propriétaires n'affaiblissent pas le système, en libérant des individus ou des propriétés qui étaient sous leur contrôle, pour les rendre au marché libre. Le féodalisme dépendait d'un contrôle maximal et d'une concentration maximale. Il combattait toute liberté qui aurait pu interférer avec ce contrôle. Comme le rapportent Peter Drahos et John Braithwaite, c'est précisément le choix que nous sommes en train de faire au sujet de la propriété intellectuelle. Nous aurons une société de l'information. C'est certain. Notre seul choix maintenant est entre une société de l'information libre et une féodale. Nous nous dirigeons vers une société de l'information féodale ».⁶⁸⁹

Nous venons en effet d'une culture libre, au sens de *marché libre*, libre ne signifiant, en ce sens, ni gratuit, ni dénué de droits de propriété ou de droits de propriété intellectuelle, ni dénué de rémunération pour les créateurs :

« Une culture libre n'est pas une culture sans propriété ; ce n'est pas une culture dans laquelle les artistes ne sont pas payés. Une culture sans propriété, ou dans laquelle les

⁶⁸⁸ R. Stallman développe d'autres voies rémunératrices vers lesquelles pourraient se tourner les programmeurs.

⁶⁸⁹ L. Lessig, *Culture libre*, 2004, version numérique en traduction française sur http://www.generationcyb.net/IMG/pdf/Culture_Libre-Lawrence_Lessig.pdf (page consultée le 13/12/2015), p. 107.

créateurs ne pourraient pas être payés, ce serait l'anarchie, et non pas la liberté. Et mon propos n'est pas de plaider pour l'anarchie ».⁶⁹⁰

Mais, aujourd'hui, dénonce L. Lessig, un principe intransigeant de respect de la propriété est au cœur du développement de la propriété intellectuelle : « L'argument en faveur d'une restriction de ce flux d'information, qui était nécessaire pour sauver des millions de vies, concernait l'intouchabilité de la propriété. C'est parce que la propriété intellectuelle aurait été violée que ces médicaments ne devaient pas aller en Afrique ».⁶⁹¹

En réalité, il s'agit d'un prétexte :

« Ils mettent en avant une certaine politique des brevets, non pas par idéal, mais parce que c'est la politique qui leur permet de gagner le plus d'argent ».⁶⁹²

Mais Lessig s'attaque tout de même à cet argument et soutient que ce principe intransigeant n'a rien à voir avec notre culture, qui serait au contraire celle de l'équilibre de la propriété :

« Une politique raisonnable en matière de brevets pourrait endosser et soutenir un système de brevets sans nécessairement bloquer la diffusion de médicaments dans des pays trop pauvres pour jamais pouvoir les acheter aux prix du marché. Une politique raisonnable, en d'autres termes, serait une politique équilibrée. (...) Mais nous avons, en tant que culture, perdu ce sens de la mesure. Nous avons perdu le regard critique qui nous aide à voir ce qui sépare la vérité de l'extrémisme. Un certain fondamentalisme de la propriété, qui n'a aucun lien avec notre tradition, règne maintenant dans la culture ».⁶⁹³

L. Lessig, qui est juriste, considère les droits de propriété intellectuelle comme une forme de propriété :

« Les guerriers du copyright ont raison : un copyright est une forme de propriété. Il peut être détenu et vendu, et la loi protège contre son vol ».⁶⁹⁴

Mais il s'agit d'une propriété soumise à un régime particulier :

« Il n'a jamais été le cas, et ne devrait pas l'être, que les détenteurs de propriété intellectuelle obtiennent les mêmes droits et protections que tous les autres détenteurs de propriété ».⁶⁹⁵

En effet, aux États-Unis, la raison d'être de la propriété intellectuelle tiendrait en grande partie à l'objectif d'accroître la création dans une optique de bien public :

« Le pouvoir d'établir les lois concernant la propriété des créations est accordé au Congrès d'une manière qui, pour notre constitution du moins, est très bizarre. L'Article I,

⁶⁹⁰ *Ibidem*, p. 7.

⁶⁹¹ *Ibidem*, p. 105.

⁶⁹² *Ibidem*, p. 105.

⁶⁹³ *Ibidem*, p. 105.

⁶⁹⁴ *Ibidem*, p. 38.

⁶⁹⁵ *Ibidem*, p. 51.

section 8, clause 8 de notre Constitution établit que : (...) le Congrès a le pouvoir d'accorder des "droits de propriété sur les créations. Elle dit que le Congrès a le pouvoir de promouvoir le progrès. Son objet est d'accorder un pouvoir, et il s'agit d'un but public, pas le but d'enrichir des éditeurs, ni même initialement de rémunérer les auteurs ».⁶⁹⁶

Or, la propriété intellectuelle, à l'heure actuelle, serait cause de dommages :

« L'excès de régulation tue la créativité. Il bride l'innovation. Il donne aux dinosaures un droit de veto sur l'avenir » ,⁶⁹⁷

« Nous perdons des opportunités [créatives] ici et là. Les créateurs sont réduits au silence. Les idées sont bâillonnées. Et tandis que beaucoup de choses peuvent [encore] être créées, elles ne seront pas distribuées. Même si l'œuvre est finalisée (...) elle ne sera pas distribuée dans les médias de masse (...) ».⁶⁹⁸

Par ailleurs, « [La propriété intellectuelle] transforme 20 pour cent de l'Amérique en délinquants ».⁶⁹⁹

Elle réduirait les libertés des gens : « Mais que se passe-t-il si la seule manière d'obtenir l'accès à des données sociales et scientifiques est à travers des services propriétaires ? Que se passe-t-il si personne n'a la possibilité de parcourir ces données excepté en payant un abonnement ? Comme beaucoup commencent à le remarquer, c'est de plus en plus la réalité des journaux scientifiques. (...) Toutefois, alors que les journaux deviennent électroniques, les éditeurs exigent que les bibliothèques ne donnent pas d'accès à un public de non spécialistes aux journaux ».⁷⁰⁰

L. Lessig se pose donc les questions suivantes : et s'il était possible de rémunérer les auteurs sans causer tous ces dommages ?

« Y a-t-il un autre moyen d'assurer que les artistes soient payés sans transformer quarante-trois millions d'Américains en délinquants ? ».⁷⁰¹

Et s'il était désirable d'en appeler à moins de régulation, dans une optique de concurrence, de liberté ?

« En remplaçant culture libre par marché libre dans toute mon argumentation, la démonstration est la même, quand bien même les intérêts liés à la culture sont plus fondamentaux. (...) L'accusation que j'ai faite jusqu'à présent à propos de la régulation de la culture est la même accusation que les défenseurs du marché libre font à propos de la régulation du marché. Tout le monde, bien sûr, concède que quelques régulations du marché sont nécessaires - au minimum, nous avons besoin de règles de propriété et de contrat, et des tribunaux pour appliquer les deux. De la même manière, dans ce débat

⁶⁹⁶ *Ibidem*, p. 56.

⁶⁹⁷ *Ibidem*, p. 81.

⁶⁹⁸ *Ibidem*, p. 76.

⁶⁹⁹ *Ibidem*, p. 81.

⁷⁰⁰ *Ibidem*, p. 113.

⁷⁰¹ *Ibidem*, p. 82.

culturel, tout le monde concède qu'un certain cadre de copyright est également requis. Mais les deux perspectives insistent avec véhémence sur le fait que la régulation soit une bonne chose n'implique pas que plus de régulation soit une meilleure chose ».⁷⁰²

Dans cette optique, il propose un rééquilibrage : « L'idée même d'équilibre de la propriété intellectuelle s'est perdue ».⁷⁰³

Le système *Creative Commons* (CC) qu'il introduit à cet effet n'est pas totalement libre de droits et ne combat pas l'ensemble des *Tous droits réservés*. Il ne signifie pas que le *copyright* est abandonné, mais que certaines libertés sont données.⁷⁰⁴ Selon lui, le contenu protégé et généré par ce système de CC devrait permettre, en retour, de reconstruire un domaine public :

« Notre but est de construire un mouvement de consommateurs et de producteurs de contenu (les conducteurs de contenu comme les appelle l'avocat Mia Garlick) qui aident à construire le domaine public et, par leur travail, démontrent l'importance du domaine public pour les autres créativités » ;⁷⁰⁵

« Le projet n'est pas en compétition avec le copyright; il le complète. Son but n'est pas de vaincre les droits des auteurs, mais de rendre plus facile aux auteurs et aux créateurs l'exercice de droits plus flexibles et moins onéreux. Cette différence, nous le croyons, permettra à la créativité de se répandre plus facilement ».⁷⁰⁶

Il propose une durée de protection plus courte pour le *copyright* et une simplification des règles ne nécessitant plus l'intervention systématique et coûteuse d'avocats qui a pour effet de favoriser certains acteurs au détriment des autres :

« C'est une mauvaise chose que le système fonctionne bien seulement pour les un pour cent des clients les plus riches. Il pourrait être radicalement plus efficace, et économique, et ainsi radicalement plus juste ».⁷⁰⁷

Il s'appuie sur la notion de biens communs, qu'il traite dans *L'avenir des idées* :

« C'est-à-dire une ressource possédée ou utilisée en indivis, ayant vocation à être détenue ou utilisée de manière égalitaire par un certain nombre de personnes. Une ressource détenue en commun est donc libre (au sens que j'ai défini plus haut) pour les personnes concernées. Le plus souvent, les biens communs sont une ressource sur laquelle n'importe quel membre d'une communauté donnée a des droits, sans avoir à obtenir de permission de qui que ce soit. Si dans certains cas une autorisation est nécessaire, elle sera accordée de manière neutre » ;⁷⁰⁸

⁷⁰² *Ibidem*, p. 76.

⁷⁰³ *Ibidem*, p. 106.

⁷⁰⁴ Tout comme Richard Stallman avait construit « un système d'exploitation libre, afin qu'au moins une souche de logiciel libre survive. C'était la naissance du projet GNU, dans lequel le noyau "Linux" de Linus Torvald a été ajouté pour produire le système d'exploitation GNU/Linu. (...) La technique de R. Stallman était d'utiliser la loi du copyright dans un monde de logiciel qui devait être gardé libre » (*Ibidem*, p. 112).

⁷⁰⁵ *Ibidem*, p. 114.

⁷⁰⁶ *Ibidem*, p. 114.

⁷⁰⁷ *Ibidem*, p. 122.

« Certaines [ressources] sont libres et gratuites (...) Certaines sont libres sans être gratuites (...) Dans les deux cas, la caractéristique du système est qu'il est raisonnable et que l'accès à la ressource n'est pas soumis à autorisation. En d'autres termes, personne n'exerce ici ce qui constitue le principe même du droit de propriété : le droit exclusif de déterminer si une ressource sera laissée à la disposition des autres » ;⁷⁰⁹

« Un bien commun se définit par la nature de la ressource et de sa fonction dans une communauté. En théorie, toutes les ressources pourraient être détenues en commun (quant à savoir si elles y résisteraient, c'est une autre question). Mais en pratique, une société doit se poser la question de savoir quelles sont celles qui devraient l'être, et comment » ;⁷¹⁰

Selon lui, les biens communs seraient indispensables, mais une sorte d'idéologie nous rendrait aveugle au fait que certaines choses devraient ne pas être détenues en privé :

« L'argument que je défends dans tout ce livre est que des ressources détenues en commun sont sources de bienfait commun » ;⁷¹¹

« Mais ils [les biens communs] sont aussi sources de richesses. Ils permettent une innovation décentralisée. Ils donnent aux individus la possibilité d'utiliser des ressources sans avoir besoin de relations, d'autorisation ou de laissez-passer accordé par d'autres. Ils constituent un environnement qui a vocation à rester ouvert ; les individus comme les entreprises profitent de la valeur créée par cette liberté d'accès pour la transformer en une autre richesse qu'ils peuvent utiliser à leur profit » ;⁷¹²

« Selon les responsables les plus influents de la politique sociétale, il y a peu ou pas de bénéfices à attendre des ressources libres ou communes. Nous sommes victimes d'un aveuglement culturel, d'un refus de prendre en compte le rôle des biens communs. Comme le dit Carol Rose, professeur de droit à Yale, et comme je l'ai déjà rappelé, alors que notre doctrine juridique suggère fortement que certains types de biens ne devraient pas se trouver exclusivement entre les mains du privé, mais devraient être accessibles au public, l'opinion dominante de notre époque est que le monde est mieux géré quand il est réparti entre des propriétaires privés. La simple idée que des droits de propriété non exclusifs pourraient être plus efficaces que des droits exclusifs est rarement évoquée dans le débat. Le présupposé est la réglementation, et la politique publique s'emploie à étendre cette réglementation au maximum ».⁷¹³

La position de L. Lessig est au contraire que « des ressources libres, ou détenues en commun, peuvent parfois créer plus de richesses et de possibilités de développement que si ces mêmes ressources étaient la propriété de quelqu'un ».⁷¹⁴ C'est le cas « si l'utilisation de la ressource n'est pas évidente, si on n'est pas en mesure d'annoncer comment l'utiliser au mieux, il

⁷⁰⁸ Lawrence Lessig, *The future of ideas*, Random House, 2001 (traduction française : *L'avenir des idées*, PUL, 2005), p. 26.

⁷⁰⁹ *Ibidem*, p. 27.

⁷¹⁰ *Ibidem*, p. 27.

⁷¹¹ *Ibidem*, p. 29.

⁷¹² *Ibidem*, p. 107.

⁷¹³ *Ibidem*, p. 108.

⁷¹⁴ *Ibidem*, p. 109.

est alors plus judicieux de la laisser en commun, pour permettre de nombreuses expérimentations sur ses emplois possibles. Le fait d'ignorer l'usage qui sera fait d'une ressource est une raison suffisante pour le laisser accessible au plus grand nombre. (...) Ces arguments fondés sur la tradition se justifient ainsi à la fois au nom de l'équité et au nom de l'efficacité. Le critère d'efficacité a été approfondi par certains économistes. (...) On a d'autant plus de raisons de laisser à une ressource le statut de bien commun qu'on ne sait pas très bien à quoi elle va servir. Et quand on a une vision claire de la façon dont elle sera utilisée, il devient préférable de soumettre la ressource à un système de réglementation ».⁷¹⁵

L. Lessig pointe ainsi un des problèmes liés à la recherche orientée : « l'aveuglement qui fait qu'elles (certaines grandes entreprises) maintiennent le cap vers une voie désormais sans issue est causé, en fait, par l'idée trop claire qu'elles se font des profits à escompter. Elles voient clairement les profits qu'elles tirent de leurs clients actuels, qui en matière de technologie n'ont besoin que d'ajustements à la marge. Elles ne voient pas ceux qu'elles pourraient tirer de technologies radicalement nouvelles qui leur ouvriraient des marchés non encore identifiés ou méconnus. De leur propre point de vue, tenant compte de leurs clients tels qu'ils sont et de prévisions raisonnables, ces entreprises florissantes vont vers un échec tout à fait rationnel ».⁷¹⁶

Mais l'efficacité n'est pas la seule raison de laisser des ressources communes :

« Ce n'est pas seulement au nom de l'efficacité qu'on peut démontrer l'intérêt qu'il y a à conserver des ressources libres. Il y a un dernier ensemble de valeurs qui plaide en leur faveur : ce sont les valeurs démocratiques » ;⁷¹⁷

« (...) parce que la circulation des capitaux, l'argent, n'est ni le seul critère de la valeur, ni le plus important ».⁷¹⁸

L. Lessig invoque également, à l'appui de sa démonstration, la position de Jefferson, qui était de contester l'idée que les brevets seraient une sorte de droit naturel.

Il traite ensuite de la distinction entre biens rivaux et non rivaux :⁷¹⁹

« Quand une ressource est rivale, un mécanisme de réglementation permet d'empêcher qu'elle ne s'épuise, c'est-à-dire que le système doit garantir à la fois que cette ressource restera produite et qu'elle ne sera pas utilisée abusivement. (...) Quand une ressource est non-rivale, un système de contrôle n'est nécessaire que pour s'assurer de sa production. (...) Ce qui en découle est crucial : le système de régulation que nous mettons

⁷¹⁵ *Ibidem*, p. 111.

⁷¹⁶ *Ibidem*, p. 113.

⁷¹⁷ *Ibidem*, p. 116.

⁷¹⁸ *Ibidem*, p. 116.

⁷¹⁹ Il décrit en ces termes la différence entre biens rivaux et non-rivaux : « Alors même qu'elle est utilisée par quelqu'un, elle reste intégralement disponible pour les autres, c'est-à-dire que l'utilisation que j'en fais ne porte pas préjudice à l'utilisation que voudrait en faire quelqu'un d'autre : ses utilisateurs ne sont pas en situation de « rivalité » par rapport à elle » (*Ibidem*, p. 27).

en place pour des ressources rivales (terrains, voitures, ordinateurs) n'est pas nécessairement approprié pour celles qui sont non-rivales (idées, musique, expression) ».⁷²⁰

En d'autres termes, un meilleur équilibre, dont l'objectif serait uniquement de s'assurer de la production des biens non rivaux et qui ne requerrait pas une réglementation analogue à la propriété classique, est, selon lui, nécessaire :⁷²¹

« La clé est dans l'équilibre entre liberté et régulation, pour le plus grand profit de toutes les parties. (...) Mais cet équilibre n'a rien d'automatique. Rien ne garantit que la régulation sera suffisante, ni trop forte, ni trop faible. Une société doit toujours avoir pour objectif la recherche de l'optimum, et nous devons toujours veiller à ce qu'avec le temps cette ligne optimale ne dévie pas. Le niveau de régulation adéquat à un moment donné peut se révéler insuffisant dans un environnement différent » ;⁷²²

« Le copyright est un élément essentiel du processus créatif. Bien des œuvres n'existent que grâce à la protection de la loi : sans elle, il y aurait beaucoup moins d'incitation à créer. (...) Mais ce n'est pas parce qu'un peu de réglementation est une bonne chose qu'il serait encore mieux d'en avoir plus » ;⁷²³

« Ces compromis donnent au propriétaire d'un copyright la garantie qu'il sera dédommagé sans pour autant lui donner un contrôle total sur l'utilisation qui sera faite de son bien sous copyright. Dans le langage juridique et économique moderne, ces règles protègent les auteurs à travers une règle de *conditionnalité* (*liability rule*), plutôt qu'une règle de propriété (*property rule*). Ce sont de parfaits exemples du caractère spécifique de la protection par copyright, parce qu'ils traduisent l'objectif de donner aux auteurs non pas un contrôle total sur leur œuvre bénéficiant d'un copyright, mais un droit équilibré qui fait précisément ce que demande la Constitution : promouvoir le progrès »⁷²⁴.

⁷²⁰ *Ibidem*, p. 119.

⁷²¹ « La liste des ressources détenues « en commun » assimile des ressources rivales et non-rivales. (...) Les ressources communes donnent lieu à des situations et à des problèmes différents selon qu'elles sont rivales ou non-rivales. (...) Pour une ressource non-rivale, le problème est de savoir si la motivation sera suffisante pour garantir son offre. (...) Une fois produite, une ressource non-rivale ne peut pas s'épuiser. Les ressources rivales présentent plus de difficultés. Il faut s'inquiéter de savoir si les gens seront suffisamment motivés pour les produire (pour autant qu'il s'agisse de ressources d'origine humaine) et si le fait d'être consommées par les uns en laissera une quantité suffisante pour les autres. Si une ressource rivale est ouverte à tous, il y a un risque qu'une consommation ouverte à tous l'épuise. (...) La disparition des ressources rivales est ce que le biologiste Garrett Hardin a appelé d'une formule fameuse « la tragédie des biens communs ». (...) Il s'agit de l'idée selon laquelle la liberté des biens communs ne peut qu'engendrer la ruine commune. (...) On balaie d'un revers de main, dogmatiquement, tout discours en faveur des ressources communes. Or la tragédie ne touche pas, par exemple, les biens non-rivaux qui sont communs. (...) La tragédie n'est pas non plus le sort de tous les biens rivaux. (...) Le problème de la surconsommation des ressources peut être régulé par des normes appropriées. (...) Quand nous avons intérêt à laisser libre une ressource donnée, il nous faut examiner s'il y a moyen d'éviter sa surconsommation, sans laisser cette ressource tomber sous la mainmise de l'État ou des acteurs privés (c'est-à-dire du marché). (...) [Sinon], c'est une autre tragédie des biens communs que nous voyons se jouer ici : c'est la tragédie qui nous conduira à perdre ce bien commun de l'innovation. (...) [En effet] qui dit monopole dit pouvoir, et le détenteur d'un monopole est en mesure d'exercer son pouvoir à l'encontre de la communauté. (...) Garantir à la ressource le statut de bien commun est une façon d'être sûr que cette valeur restera à la disposition de tous » (*Ibidem*, p. 28).

⁷²² *Ibidem*, 122.

⁷²³ *Ibidem*, 132.

⁷²⁴ *Ibidem*, p. 135.

Les licences CC facilitent ainsi la diffusion d'une économie de partage.

Le bémol de cette démarche

Ce mouvement rejoint par certains aspects la pensée de Proudhon : le constat des abus de la propriété (intellectuelle) classique en est à l'origine. Mais il ne le rejoint qu'en partie : l'objectif de la doctrine antipropriétaire dans laquelle s'inscrit Proudhon est d'empêcher la perception de redevances sur le domaine public, de protéger la destination des choses publiques et d'en garantir le libre accès : le domaine public, selon Proudhon, est une *res communis*. Tandis que la démarche envisagée ici demeure, quant à elle, dans une logique de propriété intellectuelle. L. Lessig déclare par ailleurs ne pas être opposé au fait de payer pour le domaine public.

Ainsi, le mouvement *open source* dans son ensemble est un mouvement culturel et politique qui met en avant une sensibilité *modératrice* par rapport à celle que cristallise le droit de la propriété intellectuelle classique, un mouvement revendicateur qui cherche à remettre au premier plan certains aspects négligés de l'intérêt public, notion qu'il développe de façon originale: différentes initiatives, réflexions théoriques et démarches concrètes ont en effet vu le jour dans le domaine du droit d'auteur dans le cadre de ce mouvement ;⁷²⁵ dans le domaine scientifique, des *biological commons* (ou *biocommons*) sont nés sur le même modèle. Mais ces initiatives sont le plus souvent présentées comme n'étant pas des alternatives à la propriété intellectuelle, mais comme étant des *réinterprétations* de celle-ci dans une optique de partage de l'information et de l'exploitation. Malgré ce que laisse entendre Lessig, les *free software* ou *open source software* ne sont pas des ressources appartenant au domaine public : des restrictions quant à leur usage peuvent, par exemple, être prévues. Le mouvement *open source* peut donc être défini comme un « *projet qui vise à étendre le domaine public au sein du paradigme de la propriété intellectuelle* ». ⁷²⁶ Le choix de l'approche *open source* de demeurer au sein du paradigme de la propriété intellectuelle s'explique par le fait que l'absence de droit de propriété intellectuelle sur une invention et son inscription dans le domaine public n'empêchent pas le dépôt de brevets sur les améliorations qui peuvent en résulter. C'est dans ce choix que réside l'atout de l'approche *open source* par comparaison avec celle du domaine public. Mais ce choix est idéologique. Et, comme le souligne S. Dussolier, toutes les initiatives *open source* basées sur des contrats de licence transmettent en réalité les messages suivants : une information est une propriété ; les biens informationnels sont des marchandises sujettes à des droits exclusifs ; une licence s'avère le plus souvent nécessaire ; et partager est en règle générale interdit, à moins d'être explicitement autorisé. Né d'initiatives privées et se développant à travers des instruments privés (*private*

⁷²⁵ L'histoire du mouvement *open source* est largement documentée. Comme on l'a vu précédemment, dans la foulée de l'*Open Source Initiative* de Stallman, Lawrence Lessig imagina de transposer le modèle *copyleft* du logiciel libre à d'autres domaines : il fonda le projet et l'organisation *Creative Commons* (CC) en 2001 qui donne à l'auteur le choix entre plusieurs types de licences accordant des droits différents aux utilisateurs : sur ce point, voir <http://creativecommons.org/about/history> (consulté le 22/05/2016). Il existe également des brevets *open access*, de conception plus récente.

⁷²⁶ Cette analyse est celle de S. Dussolier, *Sharing Access to IP through Private Ordering*, in *Chicago-Kent Law Review*, p. (2007), p. 1391-1435.

ordering),⁷²⁷ le mouvement *open source* tente donc de mettre en œuvre une idéologie de l'intérêt public à travers une privatisation des modes de réservation, et tombe ainsi dans une contradiction insoluble. Ce sont en effet des biens collectifs (que ne pourront utiliser que ceux qui acceptent les conditions de la licence, par exemple) qu'il propose, et non des biens communs. De ce fait, il ne s'adressera, en pratique, qu'à ceux qui partageront le même ethos⁷²⁸. Dans certains cas, les brevets *open source* sont donc plus proches de la gestion de biens dans un pool de ressources communes que du domaine public, et le modèle *open source* s'avère dès lors incapable de constituer une norme qui s'applique réellement à tous : les initiatives basées sur les *commons* « créent des commons auto-contraignants, plutôt qu'un domaine public sans restriction »⁷²⁹ (bien que certaines licences fassent tomber l'objet dans le domaine public).

La démarche *open source* utilise donc la propriété intellectuelle comme levier pour garantir et maintenir l'accessibilité des œuvres protégées, ainsi que celle de leurs dérivés, de crainte que le fait de les rendre disponibles sans restriction (en les abandonnant au domaine public et en ne les protégeant pas) ne puisse mettre en danger leur disponibilité publique, ce qui comporte un intérêt indéniable.⁷³⁰ Mais cette démarche pourrait par exemple s'avérer inefficace à remplir ses objectifs si, dans l'élaboration d'une œuvre dérivée de plusieurs œuvres antérieures, les licences se révèlent incompatibles entre elles, ou encore si certains aspects de la législation d'un pays s'avèrent contradictoires avec les prescriptions de ces licences. Certaines initiatives *open source* imaginent même des licences sur des objets non protégés par des droits de propriété intellectuelle et mettent ainsi en cause leur validité même.⁷³¹

Ces réserves par rapport au caractère désirable d'une généralisation de la logique *open source* conduisent S. Dussolier à conclure que « c'est aussi aux instances publiques qu'il revient de modérer l'expansion de la propriété intellectuelle », et non aux initiatives privées uniquement, ce que reconnaît d'ailleurs L. Lessig. C'est pour cette raison qu'elle plaide par ailleurs pour que « l'objectif d'un régime positif du domaine public (soit) d'empêcher qu'une réappropriation par un droit exclusif ravisse effectivement une ressource du domaine public ».⁷³²

5) Quelques contours de la notion de *commons*⁷³³

⁷²⁷ *Private ordering* peut être défini comme « *the sharing of regulatory authority with private actors* » et traduit, au mieux, par « *privatisation des modes de réservation* » : S. Dussolier, *Ibidem*.

⁷²⁸ Et le fait que le libre accès se communique aux œuvres dérivées peut poser des problèmes pratiques si les innovateurs suivants ne partagent pas cet objectif (et peut aussi dissuader d'utiliser le matériel « protégé ») : S. Dussolier, *Ibidem*.

⁷²⁹ S. Dussolier, *Ibidem*.

⁷³⁰ Un droit exclusif est un droit de contrôler l'usage d'un objet ; dans ce cas-ci, le droit exclusif que confère la propriété intellectuelle de l'œuvre est utilisé pour accroître la liberté des utilisateurs : S. Dussolier, *Ibidem*.

⁷³¹ S. Dussolier, *Ibidem*.

⁷³² S. Dussolier, *Le domaine public, garant de l'intérêt public, op. cit.*, p. 13.

On peut affirmer que, sur le plan des pratiques, le mouvement du logiciel libre a constitué une impulsion,⁷³⁴ donnant lieu aujourd'hui à un foisonnement d'initiatives que l'on peut ranger au sein du mouvement des *commons*.

Nous tenterons ci-dessous de brosser les grands traits de ce mouvement en nous référant aux travaux de chercheurs de premier plan tels que Benjamin Coriat et David Bollier.⁷³⁵ Nous sommes toutefois consciente que ce mouvement se trouve en plein essor, que de nombreux acteurs participent à son invention aux quatre coins du monde à travers d'innombrables initiatives touchant à de multiples types de *commons* et qu'il s'agit d'une thématique de recherche scientifique florissante qui a connu un développement considérable au cours des dernières décennies, particulièrement depuis le milieu des années 80, notamment autour et suite au travail d'Elinor Ostrom.⁷³⁶ Nous n'aurons donc pas la prétention de dresser en quelques pages un portrait achevé de ce vaste mouvement que certains qualifient même de nouveau paradigme.

Les commons fonciers ou naturels

Elinor Ostrom a initié sa réflexion à partir de l'étude de nombreux cas concrets montrant comment de nombreuses communautés de par le monde parviennent depuis toujours (et échouent

⁷³³ Que nous traduirons par *commons* afin d'éviter la confusion avec l'expression *biens commons*, qui sera explicitée ci-dessous. Une distinction doit également être faite avec l'expression *biens publics* qui désigne des biens d'intérêt public dont la gestion est prise en charge par l'État. Pour l'étymologie du mot *commun*, voir *Libres savoirs : les biens commons de la connaissance. Produire collectivement, partager et diffuser les connaissances au XXIe siècle*, ouvrage coordonné par l'association VECAM, Caen, C&F éd., 2011, article 26.

⁷³⁴ Bien que le terme de *commons* n'apparaisse pas chez Stallman. Dans un article récent, B. Coriat a d'ailleurs montré les convergences et divergences entre le logiciel libre et les *commons* : malgré des différences résumées par les oppositions suivantes : biens rivaux (*commons* naturels)/non rivaux (*commons* informationnels/Stallman), conservation (*commons* naturels)/enrichissement de la ressource (*commons* informationnels/Stallman), accès limité (*commons* naturels)/accès universel (*commons* informationnels/Stallman), ces mouvements trouvent tous deux leur source dans la critique de l'exclusivisme au coeur des doctrines de la propriété : S. Broca, B. Coriat, *Le logiciel libre et les commons*, prépublication/document de travail, 2015, accessible sur <https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-01174746> (consulté le 22/05/2016).

⁷³⁵ D. Bollier, *La renaissance des commons*, Éditions Charles Léopold Mayer, 2014; B. Coriat (dir.), *Le retour des commons. La crise de l'idéologie propriétaire*, Les Liens qui libèrent, 2015; interview de B. Coriat, *La crise de l'idéologie propriétaire et le retour des commons*, mai 2010, accessible sur <http://www.contretemps.eu/interviews/crise-lideologie-proprietaire-retour-communs> (consulté le 22/05/2016); conférence-débat par les Economistes atterrés autour du livre *Le retour des commons*, 20/05/2015, sur <http://chairoress.org/2015/06/09/debat-autour-du-livre-le-retour-des-communs-coordonne-par-benjamin-coriati/> (consulté le 22/05/2016); B. Coriat, S. Broca, *Le libre et le commun*, working paper, 10/08/2015, accessible sur http://www.researchgate.net/publication/280836795_Le_libre_et_le_commun (consulté le 22/05/2016); B. Coriat, *Le retour des commons*, in *Revue de la régulation*, 14 | 2e semestre / Autumn 2013, sur <http://regulation.revues.org/10463> (consulté le 22/05/2016). Sur le thème des *commons*, voir aussi VECAM, *op. cit.*

⁷³⁶ Voir notamment Ostrom E., *La gouvernance des biens commons : Pour une nouvelle approche des ressources naturelles*, Commission Université Palais, 201 et Hess C. et Ostrom E. (éd.), *Understanding Knowledge as a Commons: From Theory to Practice*, The MIT Press, Cambridge, Massachusetts, 2007.

aussi parfois) à gérer durablement des ressources locales qui leur sont communes. Les *commons* d'E. Ostrom sont donc des *ressources en pool commun* (*common-pool resources* ou CPR). Il s'agit de biens communs locaux autogérés (nappes d'eau souterraines, systèmes collectifs d'irrigation, pêcheries, pâturages, forêts communales, ...).

Ses études empiriques l'ont conduite ensuite à tenter d'extraire les facteurs et dispositifs institutionnels contribuant au succès de la gestion durable de ces ressources communes. Elle identifia ainsi huit principes pour une gestion collective réussie et pérenne de *commons* par les communautés locales. Ces huit principes forment les bases d'une théorie de la gestion des biens collectifs. Ils s'énoncent de la façon suivante :

- les limites des commons et des communautés concernées doivent être clairement définies ;
- les règles régissant l'usage des biens collectifs doivent répondre aux spécificités et besoins locaux ;
- des procédures doivent être mises en place pour faire émerger des choix collectifs ;
- des règles de supervision et de surveillance doivent être établies ;
- les sanctions appliquées doivent être graduelles et différenciées ;
- des mécanismes de résolution des conflits peu coûteux doivent être institués ;
- l'État doit reconnaître l'organisation en place ;
- la résolution des conflits et les activités de gouvernance doivent être organisées en strates différentes et imbriquées.

E. Ostrom souligne l'importance de la discussion entre les acteurs locaux autour de l'élaboration de leurs règles de fonctionnement. Elle constate que dans les situations de gestion réussie, les acteurs se connaissent, prennent la décision de s'organiser, et qu'il en résulte un climat de confiance et un sentiment de communauté. Elle observe également que les règles sont spécifiques à chaque situation, flexibles, et qu'elles s'élaborent et se perfectionnent progressivement. Outre l'importance de l'innovation institutionnelle, elle souligne celle d'accorder des ressources à la surveillance et aux sanctions, en faisant assumer la charge de ces dernières aux acteurs eux-mêmes, et non à l'Etat. L'implication directe des acteurs à ces différents niveaux serait fondamentale pour le succès de la gestion du commun.

E. Ostrom propose ainsi une troisième voie entre la régulation publique et la régulation marchande. Cette troisième voie s'appuie sur la capacité d'auto-organisation de collectifs d'usagers ou de coproducteurs qui mettent en place des règles permettant une gestion collective durable des ressources⁷³⁷ « de manière à obtenir des bénéfices conjoints continus, tout en résistant aux tentations du passager clandestin, du tire-au-flanc et autres comportements opportunistes ». ⁷³⁸ Les *commons* doivent donc être compris comme « des systèmes de règles régissant des actions

⁷³⁷ Baron C., O. Petit, B. Romagny, *Le courant des Common-Pool Resources : un bilan critique*, in T. Dahou, M. Elloumi F. Molle, M. Gassab et B. Romagny (dir.), *Pouvoirs, Sociétés et Nature au Sud de la Méditerranée, Paris/Tunis*, Editions INRAT/IRD/Karthala, 2011, pp. 29-51.

⁷³⁸ E. Ostrom, *La gouvernance des biens communs*, op. cit.

collectives (...) et des modes d'activité de communautés ». ⁷³⁹ En démontrant que les communautés sont capables de s'auto-gouverner et d'éviter la surexploitation des ressources en créant des institutions à petite échelle bien adaptées aux conditions locales, E. Ostrom remet en cause la conclusion de Hardin, théoricien de la *tragédie des communs*. ⁷⁴⁰ Selon ce dernier, les ressources communes ne devraient être gérées que par le marché/les droits de propriété (ou par l'État), sous peine de se retrouver surexploitées et rapidement dégradées en raison des comportements individuels de maximisation du profit des utilisateurs, le coût de cette dégradation étant reporté sur la collectivité.

Les travaux d'E. Ostrom ont inspiré des experts au sein d'organismes internationaux importants, conduisant ces organismes à accorder (au moins dans les discours) une place aux principes de participation, de subsidiarité, de cogestion adaptative, d'autonomie des populations locales et de reconnaissance de leurs savoirs ⁷⁴¹.

Les communs informationnels

Plus récemment, E. Ostrom a élargi sa conception des *commons* naturels aux *commons* de la connaissance (ex. bases de données numériques à accès partagé, bibliothèques numériques, encyclopédies en ligne, etc.). Les points communs entre ces deux types de *commons* résident, selon elle, dans les menaces qui pèsent sur les uns et sur les autres : surexploitation et destruction des *commons* naturels d'une part, entraves au partage libre des *commons* de la connaissance qui empêchent leur développement et freine la créativité d'autre part. Comme l'explique un commentateur, « la théorie des communs de la connaissance est de ce point de vue une réponse à l'expansion de la propriété intellectuelle et à la place qu'elle occupe dans le nouveau capitalisme ». ⁷⁴² Dans son ouvrage de 2007, elle explique ainsi l'intérêt de considérer la connaissance comme un bien commun pour lequel de nouvelles règles de gestion peuvent également être mises sur pied par des communautés d'utilisateurs, indépendamment de la propriété privée ou publique.

Toutefois, malgré des similitudes, les mêmes conclusions ne peuvent pas s'appliquer aux *commons* fonciers de nature soustractive (puisque l'usage par l'un fait diminuer la ressource et

⁷³⁹ Christian Laval, *La nouvelle économie politique des communs : apports et limites*, Séance du séminaire *Du public au commun* du 9 mars 2011, in *Revue du MAUSS permanente*, 21 mars 2011.

⁷⁴⁰ Ainsi, selon Hardin, dans un pâturage commun, chaque berger fera paître le plus grand nombre de bêtes possible pour en tirer un maximum de profit. Un propriétaire, au contraire, serait, selon lui, incité à internaliser les externalités, tandis que, si la gestion lui en était confiée, l'État percevrait des taxes et définirait des droits d'accès. Toutefois, Hardin, comme d'autres auteurs qui ont abouti aux mêmes conclusions, n'a pas fait la distinction entre *common property* (*propriété partagée/distribuée*), et *open access* (*accès libre*). En effet, dans le cas d'un commun, les *commoners* partagent des droits et des obligations quant à l'accès et au prélèvement de la ressource mise en commun.

⁷⁴¹ Baron C., O. Petit, B. Romagny, *op. cit.*

⁷⁴² Allain Sophie, *Dossier Le champ des commons en question : perspectives croisées*, in *Natures Sciences Sociétés* 4/2011 (Vol. 19), p. 379-381.

met en péril l'usage de l'autre) et aux *commons* informationnels de nature intangible. De même, les principes qui caractérisent la gestion de certains communs locaux par des communautés restreintes ne peuvent être simplement extrapolés pour la gestion de biens communs d'échelle internationale ou planétaire. Nous y reviendrons ci-dessous.

Le mouvement des commons

Le mouvement des *commons* ne se limite donc pas aux *commons* fonciers ou naturels. Les définitions suivantes tentent de cerner ce nouveau paradigme :

« Dans l'optique de cette nouvelle mouvance, un bien commun est une ressource gérée par une communauté démocratiquement constituée et utilisée de manière à la rendre accessible à tous dans l'intérêt actuel et futur de la communauté »;⁷⁴³

« En tant que paradigme, les communs consistent en un ensemble évolutif de modèles opérationnels d'auto-organisation, de satisfaction des besoins et de gestion responsable qui combinent l'économique et le social, le collectif et le personnel »;⁷⁴⁴

« Les communs, c'est : un système social en vue de la gestion responsable à long terme des ressources, qui préserve les valeurs partagées et l'identité d'une communauté ; un système auto-organisé par lequel des communautés gèrent leurs ressources (épuisables ou renouvelables) de manière indépendante de l'État et du marché, ou dans une dépendance minimale vis-à-vis d'eux ; (...) Les communs ne sont pas des ressources. Ce sont des ressources plus une communauté définie et les protocoles, valeurs et normes inventés par cette communauté pour gérer ces ressources (...) »;⁷⁴⁵

« Un commun, c'est une ressource, un ensemble de droits et d'obligations entre les participants au commun,⁷⁴⁶ et troisièmement un mode de gouvernance⁷⁴⁷ du commun »;⁷⁴⁸

« Les communs subsistent et se développent parce qu'un groupe déterminé de gens invente un système spécifique de pratiques sociales et de savoirs pour gérer une ressource. Chaque commun est unique parce qu'il s'est constitué par rapport à une ressource, un paysage, une histoire locale et un ensemble de traditions spécifiques »;⁷⁴⁹

⁷⁴³ J. F. Marcotte, *L'émergence de l'économie des biens communs*, 7/11/2012.

⁷⁴⁴ D. Bollier, *La renaissance des communs*, 2014, *op. cit.*

⁷⁴⁵ *Ibidem.*

⁷⁴⁶ Il s'agit des droits et obligations relatifs « au mode d'accès à la ressource, aux règles relatives à son partage et/ou aux bénéfices qui en sont tirés (...). Est visé ici le « faisceau de droits (« bundle of rights ») noué autour de la ressource partagée et qui lie les ayant-droits entre eux autour d'un système (en général) complexe de droits et d'obligations réciproques, que ceux-ci résultent de l'usage (et/ou du droit coutumier), de la loi ou du contrat » : B. Coriat, *Qu'est ce qu'un commun ? Quelles perspectives le mouvement des communs ouvre-t-il à l'alternative sociale ?*, in *Les possibles*, 5, hiver 2015.

⁷⁴⁷ «Que cette gouvernance s'effectue par simple respect de traditions ou conventions ou qu'elle s'exerce à travers des comités et de la délibération explicite, elle a pour fonction d'assurer le respect des droits et obligations des *insiders* (*commoners*) comme des *outsiders* (personnes et communautés n'ayant pas a priori de droits sur la ressource. Les modes de gouvernance permettent aussi de trancher dans les conflits d'intérêts lorsque ceux-ci viennent à se manifester et menacent l'existence du commun » : *Ibidem.*

⁷⁴⁸ Conférence-débat par les Economistes atterrés autour du livre *Le retour des communs*, *op. cit.*

⁷⁴⁹ D. Bollier, *La renaissance des communs*, 2014, *op. cit.*

« C'est ainsi que sous le nom juridique de commun – reprenant à la fois un vieux mot et une tradition ancienne remis sur le devant de la scène par Elinor Ostrom et ses collaborateurs – s'est développé un vaste mouvement de création de formes juridiques et institutionnelles novatrices. Celles-ci entendent tout à la fois assurer l'accès à des ressources partagées, et donner naissance à des alternatives aux constructions institutionnelles assises sur l'exclusivité des droits ».⁷⁵⁰

La théorisation des communs est ainsi fondée sur l'idée selon laquelle « Si l'intérêt personnel est bien, et ce serait absurde de le nier, un des moteurs de l'action, il est loin d'en constituer l'alpha et l'oméga. À côté, contre, en dehors et en face, les humains savent montrer des appétences à la sociabilité, au partage, à l'altruisme, à la coopération. L'homme est certainement *sociabilis* avant d'être *economicus* ».⁷⁵¹ D'ailleurs, « la réalité ethnographique montre que les communs peuvent persuader les individus de limiter la poursuite de leurs propres intérêts étroitement conçus et de servir des objectifs collectifs plus larges ».⁷⁵²

Certains incluent au sein du mouvement des *commons* les licences *open source*, les sites web collaboratifs, les ressources éducatives libres, le partage des données (en astrophysique, en génomique ou en climatologie, ...), les revues scientifiques, œuvres littéraires et artistiques en libre accès, les communautés d'innovateurs pratiquant l'*open technology*, la gestion en commun des semences, de la terre, de l'eau et des autres ressources naturelles, les fiducies, ou *trusts*, dédiés à la gestion de biens communs dépassant le niveau local, les circuits alimentaires courts, relocalisés, et de très nombreuses autres initiatives de communautés s'inscrivant dans une *économie de partage*.⁷⁵³ Certains ont du mouvement des communs une conception plus large encore.⁷⁵⁴

Les *commons* traduisent une démarche politique : « Pour les *commoneurs*, la tâche politique immédiate est de trouver les nouvelles structures juridiques, institutionnelles ou sociales qui puissent permettre à divers types de communs d'opérer à une échelle plus importante, de protéger leurs ressources des enclosures du marché, et de garantir la puissance générative de leurs communs. De nouvelles formes et de nouvelles pratiques de communs sont nécessaires à tous les niveaux – local, régional, national et global ».⁷⁵⁵ Ce projet politique est de transformer en *commons* des biens communs, c'est-à-dire des biens dont la conservation, l'accès ouvert et la préservation de la qualité rencontre l'intérêt d'une large collectivité : « Du bien commun au commun, il y a un chemin à effectuer, qui est d'assurer sa bonne gouvernance ».⁷⁵⁶

⁷⁵⁰ B. Coriat, *Le retour des communs*, 2015, *op. cit.*

⁷⁵¹ D. Bollier, *op. cit.*

⁷⁵² *Ibidem.*

⁷⁵³ *Ibidem* et B. Coriat, *Le retour des communs*, 2015, *op. cit.* Coriat y ajoute les *pools* de brevets, consortiums, licences croisées et autres arrangements institutionnels motivés par la mutualisation et le partage, ce qui les rapproche en un sens des communs.

⁷⁵⁴ Voir infra Pierre Dardot, Christian Laval, *Commun*, Ed. La Découverte, 2014.

Les communs ne sont ni socialistes, ni communistes : leurs promoteurs ont souvent une vision désenchantée de l'État, de sorte que leur intérêt ne porte pas sur les politiques publiques. Plus précisément, « Le concept des biens communs intègre plusieurs visions du monde : on y retrouve la pensée socialiste (la possession collective), la pensée anarchiste (l'approche autogestionnaire), la pensée conservatrice (pour qui la protection de la création est importante), les pensées communautaires et cosmopolites (la richesse dans la diversité) et même la pensée libérale⁷⁵⁷ (affaiblissement du rôle de l'État, respect des intérêts et motivations individuelles à rejoindre une communauté ou un projet). Mais de toute évidence, toutes ces idées ne peuvent s'unir derrière un programme politique unique, fut-il construit autour des biens communs ». ⁷⁵⁸

Un point important n'a pas encore été abordé : il s'agit du lien entre les *commons* et le droit de propriété.⁷⁵⁹ En effet, les communs ne suppriment pas la propriété, mais la font évoluer en cherchant d'autres définitions et d'autres attributs du droit de propriété, ou en établissant de nouvelles formes de partage et de distribution des attributs de ce droit (sous la forme de droits d'accès, d'usage, de prélèvement ...).⁷⁶⁰ Tant Ostrom que Lessig et Stallman proposent des solutions alternatives à la propriété comprise comme droit exclusif. Ils cherchent à en faire un droit qui favorise l'*inclusion* (et non plus l'exclusion qui peut découler de l'exclusivité) d'individus et de communautés via la distribution de droits d'accès, d'usage, de modification,⁷⁶¹

⁷⁵⁵ D. Bollier, *La renaissance des communs*, 2014, *op. cit.* D. Bollier qualifie pour sa part ce mouvement de *vernaculaire* : « Je tends à envisager ce mouvement davantage comme un mouvement vernaculaire que comme un mouvement politique ou une perspective idéologique. Ivan Illich, le critique social iconoclaste, a donné une nouvelle signification au terme « vernaculaire » dans son livre de 1981, *Le Travail fantôme*. Critiquant les tendances déshumanisantes des institutions, Illich identifiait comme espaces vernaculaires ces zones culturelles informelles où les gens produisent leurs propres jugements moraux et agissent par leur propre humanité souveraine. C'est le domaine domestique de la subsistance, de la vie de famille et de l'éducation des enfants. Le vernaculaire réside dans les espaces partagés d'une communauté où les gens affirment leurs valeurs morales et intérêts politiques collectifs, au-delà et par-dessus ceux de l'État, des entreprises et des autres pouvoirs institutionnels » : *Ibidem*.

⁷⁵⁶ Conférence-débat par les Economistes atterrés autour du livre *Le retour des communs*, *op. cit.* Coriat y ajoute « le passage du bien commun au commun, c'est un passage militant, c'est un passage pour s'assurer que l'accès sera préservé, que sa qualité sera préservée, que l'égalité d'accès sera préservée, etc. (...) La transformation d'une série de choses en communs est un élément capital du type de société que nous voulons construire ».

⁷⁵⁷ Certains établissent également un lien entre la pensée d'Ostrom et le libertarianisme.

⁷⁵⁸ VECAM, *op. cit.*, article 26.

⁷⁵⁹ A l'origine, la catégorie juridique des communaux désignait souvent des forêts, des pâturages servant aux usages des habitants d'une localité, mais généralement possédés par les communes (du moins au départ) : c'est en référence aux communaux que certains auteurs parlent de retour ou de renaissance des communs.

⁷⁶⁰ « Les différents attributs du droit de propriété peuvent parfaitement être séparés et attribués à différents participants. En somme, l'exclusivité du droit n'est qu'un attribut et une forme particulière du droit de propriété. Non nécessairement la plus efficiente. Dans nombre de situations, on établira en effet non seulement que l'accès et/ou la propriété partagée en plusieurs parties prenantes ou ayant-droits est une solution appropriée, mais aussi qu'elle est souvent la seule solution pouvant permettre la préservation et l'exploitation à long terme de la ressource » : B. Coriat, *Le retour des communs*, in *Revue de la régulation*, 14, 2^e semestre, Autumn 2013.

⁷⁶¹ Conférence-débat par les Economistes atterrés autour du livre *Le retour des communs*, *op. cit.*.

etc. Des différences existent néanmoins entre les différents types de commons : certains visent l'universalité d'accès, d'autre non (c'est le cas des commons naturels d'Ostrom ou de bases de données dont l'accès est réservé à des usagers particuliers, par exemple).⁷⁶²

Les biens commons globaux

Un défi spécifique, qui nous intéresse particulièrement puisque nous aborderons plus loin la question de l'appropriation de la biodiversité végétale, concerne la gestion des biens commons à grande échelle : biens commons nationaux, internationaux et universels (l'atmosphère, les océans, le savoir génétique, la biodiversité, ...). Certains proposent de les gérer comme des commons. Mais, de par leur taille, la multiplicité des enjeux qu'ils posent et des communautés qu'ils touchent, on imagine difficilement des biens commons internationaux gérés comme des *commons*, indépendamment des États. En l'état actuel des choses, d'ailleurs, les biens commons internationaux et mondiaux ne sont pas des *commons* au sens d'Elinor Ostrom, puisqu'aucune communauté de *commoners* n'a instauré de règles ou de normes valables globalement pour ces ressources. La gouvernance de ces biens commons reste donc encore à inventer. Sur cette question, David Bollier avance des propositions générales que nous évoquerons rapidement ci-dessous,⁷⁶³ avant d'examiner, plus loin, dans le chapitre 4, de quelles manières des communautés tentent de mettre en place une gouvernance locale de la biodiversité agricole.

De nombreux défenseurs des *commons* dénoncent les défaillances de la régulation publique, souvent contrôlée, voire corrompue par des intérêts économiques ou privés : « l'État est structurellement encouragé à passer alliance avec les forces du marché » car « la croissance économique entraîne mécaniquement une croissance de son pouvoir et de ses revenus fiscaux ». ⁷⁶⁴ Ils estiment que le rôle actuel de l'État en tant que garant et curateur des commons est déficient : il n'intervient pas suffisamment contre les marchés ; les règles de sécurité et d'obligation de service public sont de plus en contestées comme autant d'entraves à la croissance économique et à la liberté des entreprises ; enfin, l'avis des consommateurs et des résidents locaux est rarement pris en compte par les structures publiques qui se fient davantage aux experts techniques et aux représentants des entreprises. Parce qu'ils sont souvent complices des marchés, les États et organisations supranationales ne parviennent et ne parviendront pas à résoudre les problèmes de gestion de biens commons internationaux et globaux (limites des émissions de CO₂, destruction des pêcheries, des récifs de corail, de la biodiversité, etc.).⁷⁶⁵

Comme alternative, David Bollier avance l'idée d'une *gestion des commons sous garantie publique* : des communautés gèreraient certains aspects de ces biens commons à une échelle

⁷⁶² S. Broca, B. Coriat, *Le logiciel libre et les commons*, 2015, *op. cit.*

⁷⁶³ Voir D. Bollier, *op. cit.* et Burns H. Weston, David Bollier, *Green Governance: Ecological survival, Human Rights and the Law of the Commons*, Cambridge University Press, 2013.

⁷⁶⁴ D. Bollier, *La renaissance des commons*, 2014, *op. cit.*

⁷⁶⁵ Certains auteurs font en outre remarquer que confier la gestion des biens d'intérêt commun à des organes publics qui s'en chargent pour la collectivité présente un risque pour la démocratie.

locale, tandis que des fédérations de communs pourraient être créées aux niveaux local, régional, national et international ; à partir de là, une relation innovante entre les communautés qui gèrent les *commons* et les structures étatiques pourrait être créée.⁷⁶⁶ Dans un premier temps, les institutions de gestion des communs devraient être reconnues par l'État, ce qui impliquerait que les États et structures publiques ne seraient plus décideurs en matière de biens communs, mais que les décisions finales (autorisation d'exploiter, etc.) reviendraient aux citoyens investis dans la gestion des *commons*. Les institutions publiques, quant à elles, auraient pour rôle d'accueillir le dialogue citoyen désireux de mettre en œuvre des politiques de gestion de ces ressources et d'encourager, aux niveaux local, régional et international, les différentes communautés concernées par la gestion de ces biens communs : « Le défi est de permettre une gouvernance des ressources communes aux échelles les plus basses possible – un principe connu sous le nom de subsidiarité – et avec des centres d'autorité multiples. Les différents niveaux de communs seraient « emboîtés » au sein des niveaux supérieurs – selon l'idée de la polycentricité examinée par Elinor Ostrom dans son œuvre ».⁷⁶⁷ L'État et les structures publiques seraient ensuite garants des communs. Ils joueraient un rôle fiduciaire de curateur agissant au nom des *commoners* en contribuant à entretenir les biens partagés, à les protéger des enclosures, à s'assurer de leur accessibilité à tous. Ces structures étatiques ou supranationales auraient des obligations de transparence, de participation, de responsabilisation locale. Une telle organisation pourrait, en pratique, prendre d'innombrables formes. Elle requiert bien sûr d'élaborer des solutions créatives dans les domaines du droit, des politiques publiques, de la gouvernance. Au minimum, pour atteindre cet objectif, « Il faut reconceptualiser le rôle de l'État et le réorienter vers la facilitation et le soutien des modes de subsistance fondés sur les communs. (...) Il faut exercer une pression politique sur les États afin qu'ils reconnaissent un certain nombre de « macroprincipes et politiques » pour soutenir les communs. Ceux-ci incluent, selon D. Bollier :

- une gouvernance écologique fondée sur les communs et sur les droits comme alternative pratique à l'État et au marché ;
- le principe que la Terre appartient à tous ;
- le devoir de l'État d'empêcher l'enclosure des ressources des communs ;
- des communs sous garantie publique comme moyen de protéger des ressources communes à grande échelle ;
- la reconnaissance officielle des communs par l'État, au même titre que les entreprises servant le bien public ;
- des limitations légales à la propriété privée ;

⁷⁶⁶ B. Coriat rappelle, dans le même ordre d'idées : « Quand on demandait à Ostrom : pensez-vous qu'on puisse gouverner le climat par des moyens locaux ? Elle répondait : pensez-vous qu'on puisse se dispenser d'une gouvernance locale ? Ça veut dire, par exemple : comment voulez-vous réglementer l'atmosphère ? Bien sûr, par des traités et des accords internationaux, de la régulation internationale, mais aussi par une gouvernance dans les villes qui surveille les émissions de gaz, par les différentes collectivités concernant les différents problèmes relatifs à l'atmosphère (...) c'est ce qu'Ostrom appelle du polycentrique : il faut du supranational, il faut du central, mais même pour les communs globaux, il faut du local. Et c'est l'articulation du local et du central qui permettra de faire face aux communs globaux » : conférence-débat par les Economistes atterrés autour du livre *Le retour des communs*, *op.cit.*

⁷⁶⁷ *Ibidem.*

- le droit humain à établir et à maintenir des communs écologiques ». ⁷⁶⁸

En d'autres termes, comme l'explique encore B. Coriat : « Les acteurs ayant intérêt à un commun peuvent penser leurs solutions et propositions (y compris en termes d'obligations et de droits qui les lient), jusqu'au point où ils se retournent vers l'État en lui disant : c'est cela qu'il faut faire (...). On n'est pas forcément dans une logique de substitution mais dans une logique de "mise devant la solution accomplie" ». ⁷⁶⁹

Néanmoins, reconnaît cet auteur, les communs ne peuvent pas constituer l'unique réponse à la gestion des biens communs : dans certains cas, l'action publique, le statut administratif de bien public, améliorés, resteront, selon lui, indispensables : « il y a des choses qui ont vocation à appartenir au domaine public, et ça requiert des citoyens qu'ils se mobilisent pour que le public remplisse ses obligations vis-à-vis des choses publiques ; et il y a des choses qui ont vocation à devenir des communs plutôt que des biens publics ». ⁷⁷⁰

En termes de démocratie, les communs introduisent ainsi un niveau intermédiaire en « complétant la démocratie représentative par de la démocratie participative, par de la démocratie directe du commun ». ⁷⁷¹ Cet appel à davantage de participation des usagers dans la gestion et l'orientation, à davantage de délégation de responsabilité auprès de la société civile et quand cela s'avère nécessaire à la protection directe par la mobilisation de la population ⁷⁷² ne doit pas constituer un prétexte pour que les structures publiques se défaussent de leurs responsabilités.

Sur le plan économique aussi, si on peut imaginer des communs de petite taille gérés, dans une optique de subsistance, indépendamment du marché (banque coopérative, forêt communautaire, wiki) - même si la plupart des *commons*, même locaux, sont des hybrides en partie liés à l'État et au marché -, cela ne paraît pas envisageable pour des biens communs nationaux ou internationaux. Une articulation entre communs et marché doit donc être imaginée. D. Bollier formule l'hypothèse que les communs pourraient inciter les marchés à fonctionner d'une manière plus soutenable, plus équitable, plus responsable et davantage soucieuse des besoins des communautés. Néanmoins, il met les *commoners* en garde : « L'enjeu fondamental est de s'assurer que les communs disposent du maximum d'autonomie possible et que leur raison d'être demeure intacte. S'ils doivent entrer en interaction avec les marchés, ils doivent être capables de résister aux enclosures, au consumérisme, à l'appât de l'accumulation et aux autres pathologies habituelles du capitalisme » ; ⁷⁷³ ⁷⁷⁴ « dans chaque cas, l'objectif de ces règles est de préserver la ressource et la communauté en excluant les acteurs extérieurs qui n'ont pas investi

⁷⁶⁸ *Ibidem.*

⁷⁶⁹ Interview de B. Coriat, *La crise de l'idéologie propriétaire et le retour des communs*, 2010, *op. cit.*

⁷⁷⁰ Conférence-débat par les Economistes atterrés autour du livre *Le retour des communs*, *op. cit.*

⁷⁷¹ *Ibidem.*

⁷⁷² Inf'OGM, *Droits de propriété intellectuelle et communs*, Université du Vivant, 2014, p. 78

⁷⁷³ *Ibidem.*

leur énergie dans la culture des communs ou qui se comportent comme des vandales ou des profiteurs ».⁷⁷⁵

De nombreux auteurs mettent beaucoup d'espoir dans les *commons* face à la crise écologique,⁷⁷⁶ au déficit de démocratie, aux défaillances de l'État et aux apories du marché : « Pas plus qu'une tyrannie communiste, un despotisme d'état forçant des collectivités à atteindre des objectifs décrétés du haut ne constituent des programmes politiques qui enchantent. A l'inverse, les *commons* démontrent qu'ils peuvent disposer de plus d'esprits créatifs que les institutions qui gouvernent et acquièrent chaque jour de l'expertise et progressivement une certaine légitimité politique (...). Projet par projet, le secteur des communs pointe les limites et les dérives des marchés existants et des structures gouvernementales corrompues en construisant des alternatives opérationnelles ».⁷⁷⁷ Pour constructives que soient ces alternatives, elles devront toutefois se multiplier et être protégées par des politiques publiques éclairées ; or celles-ci restent à construire.

12. Conclusions du chapitre

Que conclure de ces multiples positions et considérations philosophiques sur la question de la légitimité des droits de propriété intellectuelle ?

Nous constatons que, parmi les justifications historiques de la propriété intellectuelle, figurent essentiellement l'argumentaire utilitariste et l'argumentaire propriétaire :⁷⁷⁸ la propriété intellectuelle est justifiée par son utilité économique et sociale d'une part, et par la légitimité que

⁷⁷⁴ Des critiques dénoncent par exemple le fait que les licences *Creative Commons* feraient alliance avec le droit d'auteur et reposeraient sur « des attitudes à l'égard de la propriété et des transactions individuelles similaires à ceux qui prévalent dans l'économie de marché ». De même, certains auteurs insistent sur la distinction à opérer entre *open* et libre : une démarche *open* peut ne pas nécessairement former un commun si elle ne repose pas sur des règles qui vont dans le sens de l'intérêt de l'utilisateur et de la ressource : VECAM, *op. cit.*, article 25.

⁷⁷⁵ *Ibidem*

⁷⁷⁶ « À partir de l'examen d'un éventail large de sociétés passées et récentes, Jared Diamond aboutit également à l'idée que les sociétés perdurent avant tout grâce à leur capacité de s'auto-limiter, c'est-à-dire de respecter et d'actualiser des règles qu'elles se donnent à elles-mêmes et qui leur permettent de s'adapter aux changements de contexte. À l'inverse, les sociétés qui refusent de modifier les règles de la vie en commun face à un nouveau contexte environnemental seraient condamnées à disparaître » : VECAM, *op. cit.*, article 24.

⁷⁷⁷ VECAM, *op. cit.*, article 25.

⁷⁷⁸ Selon l'*Encyclopédie Universalis*, le propriétaire désigne, « en philosophie, le fait que toute action portant atteinte au droit de propriété est injuste » : <http://www.universalis.fr/dictionnaire/proprietarisme/>. Wikipedia définit le propriétaire comme une conception libertarienne du droit selon laquelle les principales règles juridiques découlent du droit de propriété, en particulier d'une propriété de soi : Wikipedia, *propriétarisme* (pages consultées le 9/12/2015).

lui confèreraient le travail de l'auteur, ses efforts, son investissement⁷⁷⁹, son talent, ou encore l'acte de création et un certain droit moral de l'auteur d'autre part.

De nos jours, c'est l'utilité économique qui forme essentiellement le cœur de la justification *explicite* du droit de propriété intellectuelle (tout particulièrement dans le droit des brevets, puisque le droit d'auteur s'appuie également sur la notion de droit moral). Néanmoins, lorsque l'inefficience ou des dommages liés à la propriété intellectuelle (en matière de brevets, par exemple) sont mis en évidence, ces constats sont balayés par des cris d'indignation invoquant la légitimité *quasi naturelle* du droit de « propriété » intellectuelle. Cette réaction très courante révèle que l'argumentaire propriétaire est implicitement très vivace.⁷⁸⁰

Notre objectif, dans cette conclusion, est de vérifier s'il est effectivement justifié de fonder la légitimité de la propriété intellectuelle sur des arguments utilitaristes et/ou propriétaires. Pour exposer nos conclusions, nous procéderons en quatre temps. Un premier développement portera sur la justification propriétaire et en ébranlera la solidité. Un deuxième développement sera consacré à l'argument utilitariste et à la nécessité de le reformuler. Un troisième développement montrera que ces conclusions convergent sur la question de la propriété intellectuelle. Enfin, un quatrième développement synthétisera un certain nombre de recommandations politiques inspirées par l'ensemble du chapitre.

1) Conclusion autour de l'argument de la propriété « naturelle »

Le droit naturel de propriété

Bien que Locke ait surtout abordé la question de la propriété, sa pensée tient une grande place au cœur de la tradition justifiant la propriété intellectuelle. Locke développa l'idée que l'individu moderne s'appuie sur le socle de la propriété privée pour exister en tant que tel. Par l'intermédiaire de l'appropriation, l'individu peut, selon lui, cesser d'exister à travers un rapport de dépendance, accéder à la propriété de soi, c'est-à-dire à la libre disposition de soi, et devenir capable d'exister par lui-même comme individu. Le but de la soumission à un gouvernement est dès lors la préservation de la propriété. Les deux postulats de Locke sont que chaque homme a la propriété de sa propre personne et que la terre est destinée à être travaillée : en retirant de la nature les fruits de son travail, l'homme en fait légitimement sa propriété. Sous réserve de deux conditions : d'une part, que l'on évite le gaspillage, et, d'autre part, qu'il reste suffisamment en commun pour les autres, ce qui dans le monde d'abondance que perçoit Locke, ne semble pas devoir engendrer de situations conflictuelles. Devoir divin d'auto-préservation, qui rend d'ailleurs le consentement de la communauté non nécessaire, « juste » récompense et argument de type

⁷⁷⁹ L'argument du travail a évolué de telle façon que l'effort ou l'investissement ont fini par justifier aussi la propriété intellectuelle.

⁷⁸⁰ Et même explicitement dans certains textes légaux comme, par exemple, la Charte des droits fondamentaux de l'UE, à l'article 17-2 : la propriété intellectuelle y est évoquée au paragraphe « propriété »; la Directive de 2001 sur le droit d'auteur, au considérant 3 : la propriété intellectuelle y est reconnue comme faisant partie intégrante de la propriété.

utilitariste selon lequel le travail ajoute de la valeur à un produit et procure un bénéfice à la société justifient à ses yeux la propriété.

Il convient de juger, si l'on souhaite appliquer le raisonnement de Locke à la propriété intellectuelle, si ses postulats sont tenables et si les conditions qu'il énonce pour que ce droit de propriété soit légitime sont remplies : le travail suffit-il à justifier la propriété ? L'individu est-il réellement propriétaire de sa personne ? Vit-on réellement dans un monde d'abondance ? Les modes d'appropriation actuels, y compris en matière de biens intellectuels, laissent-ils suffisamment en commun aux autres ? Nous proposerons plus loin des éléments de réponses à ces questions.

Le raisonnement de Locke constitue une assise fondatrice de notre tradition libérale. La légitimité de la propriété s'est encore renforcée sous la plume de certains philosophes. On peut ainsi lire chez Hegel que la propriété serait fondée sur la liberté humaine et le droit d'appropriation de l'homme sur toute chose. Remarquons que, pour Locke, c'était la liberté qui résultait de la propriété.

Nozick se situe également dans le prolongement de cette tradition. Si les libertariens hésitent, sur la question des droits de propriété intellectuelle, entre défense des droits de propriété et défense de la liberté individuelle (par exemple à travers la revendication du droit d'accès aux biens intellectuels), Nozick soutient pour sa part que les droits de propriété l'emportent sur les autres « prétendus droits ». Il défend l'idée selon laquelle une appropriation n'est illégitime que si ceux qui sont privés du bien approprié se retrouvent dans une situation pire que dans la situation « naturelle » où tout serait accessible à tout le monde, c'est-à-dire s'ils subissent des dommages nets, comme devenir plus pauvres ou devoir faire face à une diminution des ressources disponibles pour leur usage, *à condition* que rien d'autre ne contrebalance la diminution de leurs possibilités d'agir. Or, selon lui, les régimes de propriété intellectuelle s'avèrent incontestablement meilleurs que l'état de nature. Ainsi, dans le cas des brevets, bien que l'accès à l'invention soit indéniablement limité par le brevet, celle-ci n'aurait, d'après lui, pas vu le jour sans les efforts de l'inventeur. Le brevet est donc finalement, à ses yeux, à l'origine d'un gain pour le consommateur, et non d'une perte. Ce gain compense donc les dommages que le brevet pourrait occasionner.

Si la pensée de Nozick semble radicalement, voire outrancièrement au service des intérêts de l'individu propriétaire, que dire, par exemple, de celle de Rothbard, un autre économiste libertarien américain, qui déplore ouvertement que les brevets ne soient *que* des monopoles : ce sont en effet « de véritables droits de propriété, à l'instar des droits d'auteur », qui, à le suivre, devraient protéger les inventions.

A nouveau, si l'on souhaite utiliser ces arguments pour justifier la propriété intellectuelle, il convient de juger le caractère tenable des postulats sur lesquels ils reposent : l'homme détient-il un droit d'appropriation sur toute chose en vertu de sa liberté ? Les brevets n'occasionnent-ils aucun dommage, par exemple en restreignant l'accès à certaines ressources importantes ? L'invention résulte-t-elle (uniquement) du système d'incitant que constitue le brevet ? Et, dans un

tel cas de figure, le bénéfice qui résulte du progrès technique compense-t-il, sans autre discussion, les dommages éventuels qu'occasionneraient les brevets ? A ces questions, nous proposerons également des éléments de réponse plus loin dans cet exposé, mais il nous faut préalablement présenter un autre volet du droit naturel de propriété : le droit moral de l'auteur.

Le droit moral de l'auteur, une déclinaison du droit naturel de propriété chez certains auteurs

A côté du travailleur « classique », on trouve la figure de l'auteur. L'intuition d'un certain droit « naturel » de l'auteur sur le fruit de son labeur est largement répandue.⁷⁸¹ Cette idée d'un droit moral « naturel » de l'auteur sur le fruit de son labeur apparaît, chez certains auteurs, comme une déclinaison du droit de propriété naturel qui fait appel à des arguments supplémentaires.

L'argument du droit moral a été énoncé avec clarté par Diderot qui revendiqua la propriété de l'auteur sur son œuvre, et même un véritable « droit de l'auteur ». Cette propriété originaire de l'auteur est justifiée, chez lui, par le fait que le livre est l'expression de l'auteur, que l'œuvre est liée à la personnalité (et au travail) de l'auteur ; de ce fait, elle est « plus encore » propriété que ne l'est la propriété matérielle que l'on peut exercer sur des objets externes qui, d'abord, appartenaient à tous. Néanmoins, les privilèges des libraires se voient eux aussi justifiés par Diderot en raison du travail, des risques encourus par l'éditeur, de la protection contre la concurrence et « des intérêts légitimes » de l'éditeur. L'intérêt général, l'avenir de la littérature viennent en outre renforcer ces justifications. Dans certains passages, le privilège du libraire est même justifié par un véritable droit de propriété. La position de Diderot semble manquer de rigueur, car il affirme la propriété absolue de l'auteur sur son livre (fondée sur l'idée d'un droit moral qui, logiquement, ne devrait pas pouvoir être aliéné) pour ensuite construire la théorie de son aliénation au profit de l'éditeur. Cette apparente incohérence s'explique par le fait que Diderot « confond » encore droit moral et droit marchand. La contrefaçon (nuisible à la librairie et à l'émission des livres) était au cœur de ses préoccupations : il était essentiel, pour lutter contre celle-ci, que le libraire dispose du droit marchand sur le livre.

L'esprit des Lumières et la question du droit moral de l'auteur sur son œuvre furent également au centre des préoccupations de Kant, à qui l'on attribue la paternité de la conception moderne du droit d'auteur. Pour Kant, toutefois, le discours littéraire n'est pas réellement objet de propriété car, si la pensée est bien identifiable à l'auteur, l'auteur ne s'appartient pas à lui-même. La pensée « appartiendrait » à tous ceux qui seraient capables de se l'approprier par la lecture : elle n'appartient à personne en particulier. Entre l'auteur et son œuvre, il ne s'agit donc pas d'un rapport de propriété matérielle classique, mais d'un autre mode de « propriété » qui désigne le lien, l'identité entre la pensée de l'auteur et lui-même. La pensée de l'auteur faisant cependant intervenir sa personne, sa publication ne peut se faire sans son consentement. Kant évite une autre

⁷⁸¹ La Convention internationale des Droits de l'homme n'évoque pas la notion de propriété intellectuelle, ni bien sûr celle de droit naturel, mais elle reconnaît le droit à la protection des intérêts moraux de l'auteur et, à côté de ce droit moral, le droit à la protection des intérêts matériels de l'auteur comme des droits fondamentaux.

difficulté que posait le texte de Diderot : il considère l'édition comme la conduite d'une affaire au nom d'un autre ; l'éditeur ne pourra donc jamais prétendre à la propriété sur le livre.

A la même époque, Fichte défend l'idée selon laquelle le contenu, parce qu'il est spirituel, peut être possédé tout entier par les différentes personnes qui se l'approprient, conformément à l'idéologie universaliste des Lumières. Mais la forme des pensées, exprimée à travers un texte, unique parce que propre à chaque personnalité, ne peut être appropriée, la personne étant inaliénable et digne de respect. Les ouvrages scientifiques, « sans forme » (selon Fichte), ne poseraient donc pas le même problème. Ce droit personnel de l'auteur prend la forme d'un droit moral naturel, fondamental et inaliénable. Fichte, par contre, pas plus que Kant, ne reconnaît l'existence d'un droit d'auteur sur les œuvres d'art ou sur les inventions techniques, mais il reconnaît les privilèges pour des raisons d'équité, des privilèges reconnus en tant que droits par l'État, puis abolis dès que l'auteur est rémunéré afin que les autres individus puissent jouir de leur droit d'accès naturel aux œuvres d'art et aux inventions. Fichte distingue ainsi propriété littéraire et propriété intellectuelle : même si l'objet technique a une face spirituelle, son caractère, selon lui, essentiellement intellectuel ne lui permet pas d'exprimer la personnalité de son auteur.

Au 19^{ème} siècle, les héritiers spirituels de Kant et de Fichte, sur ces questions de propriété intellectuelle, soutinrent plus que jamais que les droits de propriété intellectuelle contribuaient à assurer la protection de la personnalité des auteurs qui s'exprime et se construit à travers leurs œuvres. Pour Hegel, la propriété intellectuelle résulte du fait que la création est en quelque sorte une émanation de l'esprit libre. Selon lui, seul l'honneur peut dicter une conduite réellement respectueuse de la propriété d'autrui. Hegel distingue clairement droit moral et droit marchand sur l'œuvre, c'est-à-dire la reconnaissance de l'œuvre comme capital, que le premier producteur peut décider de conserver, de vendre ou d'abandonner.

Le droit d'auteur moderne s'est construit sur base de ces deux théories (justification de la propriété par la théorie personnaliste d'une part, par le travail d'autre part) et sur ces deux aspects : intérêts moraux de l'auteur (*droit moral*), et intérêts matériels (*droit marchand*), l'auteur ayant, selon la perspective lockéenne, droit aux fruits de son travail en vertu d'un droit d'auto-préservation. La falsification de la pensée d'un auteur pourrait donc nuire à ses intérêts moraux en dépréciant son image, mais sa reproduction non autorisée pourrait aussi mettre en jeu ses intérêts financiers, ainsi que ceux de l'éditeur. Ces deux aspects (*droit moral et droit marchand*)⁷⁸² doivent donc être examinés plus en profondeur.

Réfutation de l'idée de propriété de soi, celle-ci étant au cœur du droit naturel de propriété

Dans le chef d'un certain nombre de penseurs (à l'exception notable de Kant), droit moral et droit marchand résultent du postulat selon lequel l'homme détiendrait la propriété de soi. En

⁷⁸² Il s'agit d'un *droit patrimonial* de l'auteur (par opposition à son droit moral) qui consiste en un monopole d'exploitation généralement cédé contre rémunération: S. Dussolier, *L'intérêt public et l'accès au savoir dans la genèse et l'évolution de la propriété intellectuelle*, in *Cahiers marxistes*, issue 232, 2005.

vertu de celle-ci, il acquerrait la propriété des produits issus de lui-même et de son travail. Il convient donc de revenir sur cette idée de propriété de soi.

Nous avons vu que, pour Locke : « Bien que la terre et toutes les créatures inférieures appartiennent en commun à tous les hommes, chaque homme est cependant propriétaire de sa propre personne. Aucun autre que lui-même ne possède un droit sur elle, le travail de son corps et l'ouvrage de ses mains lui appartiennent en propre ».⁷⁸³ Locke poursuit : « Ainsi, l'herbe que mon cheval mange, les mottes de terre que mon valet a arrachées, et les creux que j'ai faits dans des lieux auxquels j'ai un droit commun avec d'autres, deviennent mon bien et mon héritage propre, sans le consentement de qui que ce soit ».⁷⁸⁴ Ce second passage suggère toutefois que soit le premier principe ne s'applique pas à tous les hommes (par exemple le valet), soit que l'homme (ce même valet) peut aliéner volontairement son travail et les fruits de son travail (les mottes de terre arrachées au profit du maître) en vertu de la propriété de lui-même.⁷⁸⁵

Mais en vertu de quoi l'homme serait-il le propriétaire de sa personne ? On invoque à ce propos un autre passage de Locke : « C'est, je pense, un être pensant et intelligent doué de raison et de réflexion, et qui peut se considérer soi-même comme une même chose pensante en différents temps et lieux. Ce qui provient uniquement de cette conscience (*consciousness*) qui est inséparable de la pensée, et qui lui est essentiel à ce qu'il me semble : car il est impossible à quelqu'un de percevoir sans aussi percevoir qu'il perçoit ».⁷⁸⁶ L'identité personnelle serait ainsi fondée sur la continuité de la conscience dans le temps. Cette capacité de la conscience serait fondamentalement « appropriante » puisqu'elle permettrait de reconnaître ses actions, ses pensées et son corps comme siens, ce qui justifierait la propriété de soi. La propriété serait dès lors une extension de la propriété de sa propre personne.⁷⁸⁷

Cependant, que signifie « être propriétaire de sa personne » ? Ce concept, qui fait du propriétaire l'objet de sa propre propriété (et donc du sujet l'objet), est-il cohérent ? Pourquoi parler de propriété de sa personne plutôt que (éventuellement) d'identité entre soi, son corps, ses pensées et ses actions ? Nietzsche⁷⁸⁸ va d'ailleurs jusqu'à parler d'« illusion du moi », faisant référence à l'impermanence qui caractérise notre corps, nos pensées et nos actions.

⁷⁸³ Locke, *op. cit.*, par. 27.

⁷⁸⁴ Locke, *op. cit.*, par. 28.

⁷⁸⁵ C'est la position libertarienne : elle implique que ce serait totalement librement que le valet choisirait sa condition de valet et l'aliénation de certains de ses droits. C'est une question qu'il conviendrait de poser à tous les « valets » (au sens large) de ce monde...

⁷⁸⁶ Locke, *Essai sur l'entendement humain*, II, 27, 9.

⁷⁸⁷ Selon M. Buydens, c'est parce que Dieu est créateur de ses créatures et en est propriétaire que l'homme, à l'image de Dieu, est créateur de ce dont il a une idée explicite et qu'il crée délibérément. En effet, l'homme (corps et âme) appartient à Dieu, mais il s'appartient aussi en partie lui-même : il est propriétaire de sa personne, c'est-à-dire de ses actions et de ses pensées délibérées et intentionnelles. Il ne peut aliéner sa liberté car il n'a, sur sa vie et son corps, qu'un droit d'usage (n'ayant pas de pouvoir sur sa vie). Cette situation engendre, pour Locke, un droit de l'homme sur ses actions : M. Buydens, *op. cit.*, p. 96-201.

⁷⁸⁸ Nietzsche, *Par-delà le bien et le mal*, Éditions L'Harmattan, 2006, par. 15 à 19.

Postuler la propriété du corps semble relever d'une conception ontologique selon laquelle « je ne suis pas mon corps, mais mon corps m'appartient », ⁷⁸⁹ un postulat contraire à celui selon lequel « je suis mon corps », qui aboutit à l'idée d'identité et non de propriété. ⁷⁹⁰ « Je suis mon corps » signifie en effet que mon corps est consubstantiel à ma personne, ne serait-ce que parce que je ne peux exister abstraitement, ou encore parce que tout ce que je suis résulte des expériences de mon corps. Cette conception aboutit à la conséquence selon laquelle, parce que le corps est consubstantiel à la personne, il échappe au monde des objets, au droit des choses. Il a, en quelque sorte, un caractère « sacré » (à nos yeux). Le respect de la personne impliquerait donc le respect du corps.

Au contraire, le postulat selon lequel « je ne suis pas mon corps, mais mon corps m'appartient » ⁷⁹¹ conduit à définir le corps comme « une machine biologique dans laquelle l'esprit est incorporé ». ⁷⁹² Selon cette définition, l'esprit de l'individu se voit reconnaître un droit de propriété privée sur cette « machine biologique ». Une telle position ne fait-elle pas préexister la notion de propriété à la nature humaine? Nietzsche rétorquerait d'ailleurs : « J'ai un mot à dire à ceux qui méprisent le corps. Je ne leur demande pas de changer d'avis ni de doctrine, mais de se défaire de leur propre corps – ce qui les rendra muets ». ⁷⁹³

⁷⁸⁹ Voir par exemple, sur cette question, le libertarien Peter Vallentyne, *Libertarisme, propriété de soi et homicide consensuel*, in *Revue philosophique de Louvain*, 2002.

⁷⁹⁰ Hegel, qui parle de *possession* (non de propriété) du corps par la volonté, admet l'identité entre le corps et la personne, du moins durant le temps de la vie : *Principes de la philosophie du droit*, §47 et §48 : « Comme personne, (...) je suis vivant dans ce corps organique qui est mon existence externe (...). Mais comme personne, je possède aussi ma vie et mon corps comme des choses étrangères dans la mesure où c'est ma volonté. Je ne possède ces membres et ma vie que dans la mesure où je le veux. L'animal ne peut pas se mutiler ou se tuer, mais l'homme (le peut). (...) Remarque : Il suffit que le moi comme libre soit vivant dans mon corps, pour qu'il soit interdit de dégrader cette existence vivante au rang de bête de somme. Tant que je vis, mon âme (qui est concept et même liberté) et mon corps ne sont pas séparés. (...) Une violence faite à mon corps par autrui est une violence faite à moi ».

⁷⁹¹ C'est la position libertarienne : elle postule la pleine propriété de chaque individu sur son corps, ses talents, et plus généralement sa personne.

⁷⁹² Définition qui n'est pas matérialiste, puisque l'esprit n'est pas le produit du corps.

⁷⁹³ « Cette petite raison que tu appelles ton esprit, ô mon frère, n'est qu'un instrument de ton corps, et un bien petit instrument, un jouet de ta grande raison. Tu dis « moi », et tu es fier de ce mot. Mais il y a quelque chose de grand, à quoi tu refuses de croire, c'est ton corps et sa grande raison ; il ne dit pas moi, mais il agit en Moi. (...) Mais l'intelligence et l'esprit voudraient te convaincre qu'ils sont la fin de toute chose ; telle est leur fatuité. Intelligence et esprit ne sont qu'instruments et jouets ; le Soi se situe au-delà. Le Soi s'informe aussi par les yeux des sens, il écoute aussi par les oreilles de l'esprit. Le Soi est sans cesse à l'affût, aux aguets ; il compare, il soumet, il conquiert, il détruit. Il règne, il est aussi le maître du Moi » : Nietzsche, *Ainsi parlait Zarathoustra*. Freud tient un langage similaire : « L'idée d'un moi « maître » du soi, du « je », propriétaire du corps comme l'entité numérique que je constitue est remise en question directement par (...) [cette théorie] qui postule que ce n'est pas « je », moi, ce qui dit je, c'est-à-dire la conscience qui est maître à bord. Le corps n'a d'autre propriétaire que lui-même, c'est-à-dire des principes d'action et d'organisation autonomes, dont la conscience n'est qu'une manifestation. » : Freud, *Métopsychoanalyse*.

La propriété de l'individu sur son corps implique la libre disponibilité du corps, le corps devenant une chose pouvant être utilisée par son « propriétaire », y compris de façon commerciale ou de manière dégradante pour lui-même. Pour éviter cette conséquence, le droit positif a posé le principe de l'indisponibilité du corps. Pour certains libertariens,⁷⁹⁴ cette position du droit est hypocrite : poser l'identité entre le corps et la personne revient à attribuer une personnalité aux organes,⁷⁹⁵ à tolérer leur don, mais non leur vente par pure haine du commerce (inspirée par un esprit chrétien) et à promouvoir, à travers la loi, une morale (contraire, selon Lemmenicier, au droit naturel) qui interdit d'utiliser son corps comme moyen pour atteindre certaines fins.

La réponse classique à ces tenants du droit naturel – réponse que nous trouvons toutefois peu convaincante – avance que, sans ce principe d'indisponibilité du corps, le droit au suicide pourrait être reconnu.⁷⁹⁶ Selon cet argument, un tel droit avilirait non seulement l'individu propriétaire de son corps, mais dégraderait aussi l'idée d'humanité qu'il incarne ; or, selon le principe kantien, on ne peut considérer autrui (ni soi-même) comme un moyen, par exemple un instrument de dégradation.⁷⁹⁷ En faisant du corps un objet extérieur au sujet, on réfuterait le principe selon lequel le corps est la personne.⁷⁹⁸ Mais un libertarien ne peut évidemment être convaincu par cette réponse qui repose sur un postulat (« le corps est consubstantiel à la personne ») inverse du sien. On pourrait cependant ajouter (sans beaucoup de conviction de notre part, toutefois), en contrant le droit naturel sur son propre terrain, que si le droit au suicide devait être reconnu à tous, il pourrait mettre en danger la société. Or, le droit naturel se fondant sur la « nature » de l'homme défini comme un être sociable, on ne pourrait pas (suivant ce raisonnement) faire de la propriété de soi-même un droit naturel ou fondamental, car il pourrait, en certaines circonstances, mettre en péril l'humanité elle-même.⁷⁹⁹ Ceci étant, l'exemple du suicide ne nous paraît pas être l'argument le plus convaincant visant à montrer que les

⁷⁹⁴ Tels que Bertrand Lemmenicier, un économiste français qui s'efforce d'appliquer les outils de l'analyse économique à des comportements ou des relations qui n'apparaissent pas *a priori* de nature économique, et qui, notamment dans *La morale face à l'économie*, Éditions d'Organisation, 2006, aborde différents débats de société pour montrer que l'économie, loin d'être immorale ou amoral, traite effectivement des questions morales.

⁷⁹⁵ En réalité, on parle aujourd'hui de *trace humaine* dans les éléments d'origine humaine, ce qui justifie de leur donner un statut particulier, différent des simples choses.

⁷⁹⁶ Pour les libertariens, comme pour les stoïciens d'ailleurs, le suicide n'a rien de dégradant : cf. le mot de Sénèque : « Tu ne dois pas vivre sous la nécessité, car il n'y a pour toi aucune nécessité de vivre » : *Lettres à Lucilius*.

⁷⁹⁷ « Agis de façon telle que tu traites l'humanité, aussi bien dans ta personne que dans la personne de tout autre, toujours en même temps comme fin, jamais simplement comme moyen » et « Agis comme si la maxime de ton action devait être érigée par ta volonté en loi universelle de la nature » : Kant, *Fondement de la métaphysique des mœurs*, seconde section.

⁷⁹⁸ J.-M. Poughon, *L'individu, propriétaire de son corps ? Une réponse entre scholastique juridique et réalisme économique*, accessible en ligne.

⁷⁹⁹ « On voit bien vite qu'une nature dont la loi serait de détruire la vie elle-même par l'intermédiaire du sentiment dont la destination est de pousser au développement de la vie, se contredirait elle-même et ne saurait donc subsister comme nature : en vertu de quoi cette maxime ne peut en aucune manière tenir lieu d'une loi universelle de la nature, et, par conséquent, elle se trouve entièrement contraire au principe suprême de tout devoir » : Kant, *Fondement de la métaphysique des mœurs*, seconde section.

comportements « dégradants » vis-à-vis de soi-même ne soient pas acceptables : c'est en effet pour préserver une certaine forme de dignité humaine que certains admettent que l'on puisse recourir au suicide. A cette objection, nous préférons donc l'argument suivant.

Marx formula une objection que nous considérons comme majeure à l'encontre de la propriété de soi, conception qui, rappelons-le, se trouve à la source du droit naturel de propriété et dont l'effet (sinon le but), d'après lui, serait en réalité de permettre aux individus de transformer leur personne en marchandise et de légitimer, au nom de la liberté et de l'égalité (et tout en laissant l'individu persuadé de sa liberté), l'exploitation de l'homme par l'homme. Les droits individuels masqueraient le fait que la liberté et l'égalité auxquelles ils donnent « droit » mènent, en réalité, à l'esclavage et à l'exploitation.

Dans ce débat sur la propriété de soi, on peut donc opposer les positions de Locke et, à sa suite, de nombreux libertariens, qui défendent la propriété de soi, à plusieurs objections solides, dont celles de Kant (qui parle d'identité et non de propriété de soi), de Hegel (qui parle de possession et d'identité durant le temps de la vie et non de propriété), de Nietzsche ou de Freud (qui estiment que le corps n'a d'autre propriétaire que lui-même) et de Marx (pour qui l'effet - sinon le but - de l'idée d'une propriété de soi serait de légitimer, au nom de la liberté et de l'égalité, l'exploitation de l'homme par l'homme).

L'idée d'une propriété de soi ne va donc pas de soi. Un débat et des sensibilités philosophiques et culturelles très diverses et très marquées perdurent à notre époque sur cette question. Actuellement, il existe des limites juridiques à cet hypothétique droit et, par exemple, à l'aliénation volontaire que l'on peut infliger à sa liberté ou à son intégrité. Mais le droit reflète les valeurs de la société et la tendance à la réification du corps progresse incontestablement. En faveur de la liberté humaine ou en faveur de sa misère ? A qui « profite » cette réification/marchandisation du corps ? Ce sont sans doute des questions importantes à se poser.

Objections à l'encontre du droit moral « naturel »

Ce détour était nécessaire afin de pouvoir juger la légitimité du droit moral. En effet, le fait, pour une œuvre, d'exprimer la personnalité d'un auteur *implique*-t-il réellement une forme de « propriété » de l'auteur sur cette œuvre, une fois celle-ci livrée au public ? Est-il rigoureusement rationnel d'inférer de l'empreinte de personnalité présente dans l'œuvre d'un auteur un « droit naturel » qu'aurait cet auteur sur l'utilisation d'une œuvre dont, en outre, la destination est la publicité ? A partir du moment où l'on juge que la propriété de soi manque de légitimité, la propriété des produits issus de soi-même et le droit moral perdent toute justification « naturelle ». Ce qui n'empêche pas la reconnaissance de ce dernier par le droit positif, si celui-ci l'impose sur base d'autres objectifs tels que, par exemple, récompenser l'auteur, le rémunérer ou stimuler la création.

Proudhon formule d'ailleurs une objection importante vis-à-vis de la légitimité du droit moral « naturel ». Il s'attaque à l'idée que la propriété intellectuelle découlerait du talent ou de la créativité. Selon lui, il n'y a pas de « création » d'idées au sens propre, il n'y a que des

révélations, des découvertes, de « nouvelles compositions » de matière ou d'idées : la « propriété » intellectuelle ne se justifie donc pas. L'individualisme, en matière de science et d'art, ne devrait pas être mis en avant. Certes, tout travailleur est un travailleur libre, mais en même temps, l'individu est débiteur de son talent auprès de la société,⁸⁰⁰ et plus sa fonction est intellectuelle et relève d'une tradition élaborée collectivement, plus c'est le cas. La société doit beaucoup aux individus créatifs dans les domaines artistiques, techniques et scientifiques, mais la créativité de ceux-ci doit beaucoup à l'héritage collectif. Par conséquent, Proudhon estime que le talent ne justifie pas les inégalités de traitement (et de propriété).⁸⁰¹ Si les créatifs doivent pouvoir exercer leurs talents, pourquoi devraient-ils pour autant être récompensés par un droit de « propriété » sur leur création ?

Les défenseurs de la propriété intellectuelle répondraient à cet argument que, certes, « rien ne se perd, rien ne se crée », mais les sciences appliquées produisent bel et bien des innovations originales par rapport au monde tel que nous l'avons reçu, même s'il ne s'agit que de « nouvelles compositions ». Et même en sciences fondamentales, les théories relèvent souvent davantage de l'interprétation du monde, de la traduction, du point de vue, du parti-pris que de la découverte pure. L'individualisme serait donc bien de mise. De nombreuses personnalités ont marqué de leur empreinte individuelle le progrès des arts et des sciences, ne serait-ce que dans la façon de catégoriser les choses, par exemple. Le génie n'est-il pas celui qui rompt, dans une certaine mesure, avec la vision traditionnelle, même s'il est évident que la culture, les influences d'un individu doivent beaucoup à la société, de même que sa formation lorsqu'elle est financée par des deniers publics ?

De ce débat ressort tout de même une conclusion: que l'on insiste sur l'individualisme, la subjectivité présents dans les arts, dans les techniques comme dans les sciences ou, à l'inverse, sur l'héritage collectif qui permettrait de nouvelles réalisations techniques, artistiques ou conceptuelles, établir une distinction du point de vue de la protection entre création, invention et découverte semble purement arbitraire. Pour Kant, cette distinction pouvait s'énoncer de la sorte :⁸⁰² « Découvrir quelque chose, c'est percevoir le premier ce qui était déjà là, par exemple l'Amérique, la force magnétique qui se dirige vers le pôle, l'électricité atmosphérique. Inventer quelque chose, c'est faire venir à la réalité ce qui n'était pas encore là, par exemple l'aérostat ». M. Vivant⁸⁰³ y apporte une nuance : « C'est oublier que tout est affaire de construction intellectuelle et que, depuis la plus haute Antiquité, philosophes et scientifiques n'ont cessé de se demander si la représentation que nous nous donnons de l'univers révèle ce qu'il est ou si elle est

⁸⁰⁰ Par ailleurs, pour Proudhon, l'artiste, le savant, le poète reçoivent leur juste récompense par cela seul que la société leur permet de se livrer exclusivement à la science et à l'art : c'est la raison pour laquelle, en réalité, ils ne travaillent pas pour eux, mais pour la société qui les crée. Dans le même ordre d'idées, Marx dénonce la marchandisation d'activités autrefois vénérables, telles que celles du savant, du poète, de l'écrivain, du créateur, du médecin, du juriste, du prêtre...

⁸⁰¹ Dans une optique utilitariste, on peut toutefois le concevoir, mais nous aborderons le point de vue utilitariste plus loin.

⁸⁰² Kant, *Anthropologie du point de vue pragmatique*, par. 71, cité par M. Vivant, *op. cit.*, p. 38.

⁸⁰³ M. Vivant, *op. cit.*, p. 38.

une construction de l'esprit humain que nous projetons dans cet univers, si donc ainsi nous découvrons une dimension non immédiatement perceptible de celui-ci ou si, bel et bien, nous l'inventons ». Certes, mais ceci ne constitue pas, selon nous, un argument en faveur du développement tous azimuts du brevet. Car la nuance apportée pourrait avoir pour effet d'indiquer que le droit des brevets aurait ainsi le droit de changer les règles en cours de route : au départ, ce droit admettait une différence entre découverte et invention, même s'il ne l'explicitait pas ; ensuite, il effacerait cette distinction, au profit de son développement. Or, la distinction originelle entre ces deux notions avait bel et bien pour objectif de laisser hors du champ d'appropriation certains objets afin qu'ils restent communs à tous. Cette préoccupation n'est en rien balayée par le raisonnement selon lequel il conviendrait de parler de « continuum »⁸⁰⁴ plutôt que d'opposition entre découverte et invention: un tel souci reste parfaitement légitime, que toutes les « avancées » soient considérées comme des découvertes ou comme des inventions.

D'autre part, on est forcé de constater que l'argument du droit naturel de Locke (sur lequel Diderot appuie son argumentation en faveur du droit moral de l'auteur) soutient que la propriété récompense le travail (et non, chez Locke, la création ou le talent), et ce dans une optique d'auto-subsistance et dans une perspective émancipatrice (et, pourrait-on ajouter, égalitaire puisque, en principe, tout le monde est appelé à travailler pour subsister).⁸⁰⁵ Fonder la propriété sur le talent a, par contre, des conséquences très inégalitaires. L'idée de faire du produit des talents d'une personne sa propriété revient à nier le fait que ces talents et la capacité à les cultiver sont distribués arbitrairement. Cette position revient à avaliser cet arbitraire.⁸⁰⁶

Proudhon remarque en outre que la publication d'une œuvre « donne » cette œuvre au public : tout en restant « le propre » de l'auteur, elle devient en quelque sorte patrimoine public.⁸⁰⁷ Or elle ne peut être à la fois donnée et rester la propriété de l'auteur.

Selon nous, l'idée d'un droit moral « naturel » de l'auteur sur son œuvre fait donc l'objet de solides objections.

Qu'en est-il du droit marchand sur l'œuvre ?

⁸⁰⁴ Comme le propose M. Vivant, *Ibidem*, p. 39.

⁸⁰⁵ Néanmoins, à une époque où le travail n'est plus accessible à tous, cette justification de la propriété par le travail devient, dans les faits, inégalitaire.

⁸⁰⁶ « Lier la promotion de la liberté à une ontologie de la propriété de soi, et pousser cette ontologie jusqu'à faire du produit des talents d'une personne une partie intégrante de cette personne, c'est exagérer le caractère autonome de la « culture » des talents individuels et surtout refuser de tirer les conséquences adéquates du fait que les talents et notre capacité à les cultiver sont distribués de façon moralement arbitraire (...) : c'est dès lors avaliser cet arbitraire, en faisant comme s'il était naturel » : C. Arsperger, *op.cit.*, p. 34. Rawls lui-même écrit : « Personne ne mérite ses capacités naturelles supérieures ni un point de départ plus favorable dans la société » et « Intuitivement, l'injustice la plus évidente du système de la liberté naturelle est qu'il prescrit que la répartition soit influencée de manière indue par des facteurs aussi arbitraires d'un point de vue moral (que les inégalités des talents) » : cité par P. Van Parijs, *Qu'est-ce qu'une société juste*, Seuil, 1991, p. 199.

⁸⁰⁷ Kant a développé l'idée d'un droit du public à l'œuvre.

Objections à l'encontre du droit naturel de propriété

La légitimité du droit marchand sur l'œuvre repose sur le raisonnement suivant : le travail créatif implique rémunération ; cette rémunération peut être obtenue par le biais d'un droit de propriété intellectuelle ; le travail créatif implique donc la propriété intellectuelle. Or il s'agit manifestement d'une conclusion abusive, car la propriété intellectuelle n'est *pas* le seul moyen de rémunérer l'auteur/le créateur/l'inventeur/le savant. Il convient en effet de distinguer le droit à rémunération de l'auteur pour son travail ou pour l'usage public de son œuvre et le droit de propriété intellectuelle qui lui permet d'interdire un certain nombre de pratiques autour de son œuvre : la légitimité de la première n'implique pas celle de la seconde. Le raccourci consistant à soutenir que le travail intellectuel implique la propriété intellectuelle, qui fait mine de s'appuyer sur l'argument lockéen selon lequel le travail implique la propriété, nous semble donc lui aussi contestable.⁸⁰⁸

Par conséquent, ni l'idée de droit moral (comme nous l'avons suggéré ci-dessus), ni la propriété intellectuelle en tant que réalisation du droit marchand sur l'œuvre ne pourraient, selon nous, être déduits d'un quelconque droit naturel. Les théoriciens classiques relevant de ce paradigme du Droit naturel concevaient-ils d'ailleurs le droit de propriété intellectuelle comme un droit naturel ? Rien n'est moins sûr : pour un certain nombre d'entre eux, l'attribution d'un monopole constituait une violation des droits naturels car l'activité monopolisée était interdite aux tiers ; les monopoles étaient considérés comme des restrictions à la liberté naturelle, des restrictions inacceptables.⁸⁰⁹ Or la propriété intellectuelle apparaissait clairement comme un monopole et, à ce titre, était rejetée par un certain nombre d'auteurs.

Ce sont essentiellement des héritiers contemporains de cette tradition du droit naturel (Nozick, Rothbard, Rand...) qui, comme on l'a vu, ont estimé que le droit à la propriété intellectuelle serait déductible du droit « naturel » à la propriété. Ainsi, si l'on en croit par exemple Nicolas Bronzo,⁸¹⁰ auteur d'un petit ouvrage intitulé *Propriété intellectuelle et droits fondamentaux* qui s'inscrit dans ce droit fil, la propriété intellectuelle serait un droit fondamental à deux titres. Elle le serait, d'une part, en tant que droit issu d'une création : la propriété intellectuelle serait, selon cet auteur, le prolongement de la liberté d'expression du créateur. Elle le serait par ailleurs en tant que droit de propriété. Selon cet auteur, « la propriété, en général, serait

⁸⁰⁸ Bien plus que sur la seule idée de rémunération, d'ailleurs, le droit marchand repose sur l'idée de marchandisation, sur l'idée de faire de l'œuvre un capital, c'est-à-dire sur la possibilité, pour l'ayant-droit, d'être rémunéré plusieurs fois.

⁸⁰⁹ Par exemple pour Turgot, homme politique et économiste français, à l'origine de l'Édit de Turgot de 1776 ayant pour but de supprimer les communautés de métiers.

⁸¹⁰ N. Bronzo, *Propriété intellectuelle et droits fondamentaux*, Paris, L'Harmattan, 2007.

un droit fondamental » ;⁸¹¹ par conséquent, la propriété intellectuelle le serait également ou, en tout cas, selon l'auteur, « devrait l'être ».⁸¹² Néanmoins, le point suivant ruine ce raisonnement.

En effet, l'analyse des instruments légaux qui promeuvent les droits fondamentaux et qui constituent, en partie, l'héritage des penseurs du droit naturel révèle, dans un premier temps, que, bien que le droit de propriété soit un pilier de notre droit, son statut, dans le droit international, n'est ni intouchable, ni inébranlable.⁸¹³

Comment cela peut-il être concevable pour un droit fondamental ? Certains théoriciens estiment justement que la plupart des droits de propriété ne peuvent être assimilés à des droits humains fondamentaux. Les droits internationaux privé et public reconnaissent d'ailleurs le droit de souveraineté des États de réguler les droits de propriété de manière à les ajuster aux circonstances économiques et sociales. Or une telle souplesse ne pourrait pas être défendue vis-à-vis d'autres droits fondamentaux. On parle en effet du « paradoxe de la propriété » : celle-ci est importante, mais quelquefois moins que d'autres droits fondamentaux, lorsqu'elle entre en conflit avec ces derniers.⁸¹⁴

Le droit de propriété ne faisant donc pas l'unanimité quant à sa place parmi les droits fondamentaux, il devient malaisé de faire du droit de propriété intellectuelle « en tant que droit de

⁸¹¹ *Ibidem*, p. 92.

⁸¹² *Ibidem*, p. 99.

⁸¹³ Selon l'article 17.1 de la Déclaration des droits de l'homme, « tout le monde a droit à la propriété ». L'article 17.2 souligne que « personne ne doit être arbitrairement privé de sa propriété ». On pourrait être tenté d'utiliser cet article dans le cadre des débats sur l'appartenance des droits de propriété intellectuelle aux droits fondamentaux, mais, dans le domaine qui nous intéresse dans le contexte de cette recherche, c'est-à-dire essentiellement celui des brevets, faut-il vraiment considérer le droit de propriété intellectuelle comme un droit de propriété (dans ce cas pourquoi n'a-t-il qu'une durée limitée dans le temps ?), ou faut-il le considérer davantage comme une forme de rémunération/récompense ? Quand bien même le droit de propriété intellectuelle serait-il reconnu comme un droit de propriété à part entière, l'article 17.2 laisse entendre que le droit de propriété pourrait être « ajusté » s'il existait un motif fondé de le faire : le même raisonnement vaudrait alors pour le droit de propriété intellectuelle. Les droits inscrits dans la Déclaration des droits de l'homme sont davantage développés dans les Pactes internationaux de 1966 relatifs aux droits civils et politiques ainsi qu'aux droits économiques, sociaux et culturels. Mais le droit général de propriété n'a pas été repris dans ces deux conventions. L'article 15.1 c du Pacte relatif aux droits économiques, sociaux et culturels reconnaît le droit d'un auteur à « bénéficier de la protection des intérêts moraux et matériels résultant de toute production scientifique, littéraire ou artistique dont il est l'auteur ». D'autres instruments légaux internationaux reconnaissent explicitement le droit à la propriété. La Charte africaine sur les droits humains et les droits des peuples de 1981 garantit par exemple, à l'article 14, le droit à la propriété, bien qu'elle reconnaisse que l'on puisse empiéter sur ce droit dans « l'intérêt du besoin public ou l'intérêt général de la communauté ». La Convention américaine des droits de l'homme de 1969, à l'article 21.1, reconnaît un droit de propriété, un droit dont personne ne peut être privé « sauf sur paiement d'une juste compensation ». Le droit de propriété n'a pas été inscrit dans la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales de 1950 en raison de controverses sur la rédaction du projet, mais un droit à jouir de ses possessions a été inclus à l'article 1 du Protocole 1. Cet article reconnaît toutefois que l'usage de ce droit peut, si nécessaire, faire l'objet de contrôle et de restriction afin de s'accorder avec les intérêts généraux : P. Drahos, *Biotechnology, patents, market and morality*, in *European Intellectual Property Review*, 21 (Sept. 1999).

⁸¹⁴ P. Drahos, *Ibidem*.

propriété » un droit fondamental. Le droit de propriété intellectuelle n'est d'ailleurs jamais cité comme droit fondamental, ni de première, ni de deuxième, ni de troisième génération. Seul est cité le droit à la protection des intérêts moraux et matériels des auteurs, scientifiques et inventeurs, la propriété intellectuelle n'étant qu'une façon, parmi d'autres envisageables, de mettre en œuvre ce droit.⁸¹⁵ Dans le Pacte relatif aux droits économiques, sociaux et culturels,⁸¹⁶ ce droit à la protection des intérêts moraux et matériels des auteurs fait d'ailleurs partie d'un article plus général dont les deux éléments préalables (art 15.1 a et b) sont des droits d'accès à la vie culturelle et aux bénéfices du progrès scientifique et de ses applications. L'article 15.2 établit que le droit de l'article 15.1 requiert que l'État prenne des mesures pour diffuser la science et la culture ; l'article 15.3 demande le respect pour la liberté de recherche scientifique. Ce Pacte place donc manifestement l'accent sur l'intérêt lié à la diffusion de l'information. L'article 11 de ce Pacte promeut même la dissémination du savoir afin de lutter contre la faim. Enfin, l'article 19.2 du Pacte relatif aux droits civils et politiques lie liberté d'expression et circulation de l'information.⁸¹⁷

Pourquoi le droit de propriété intellectuelle n'a-t-il pas été reconnu comme un droit fondamental dans le cadre de la Déclaration universelle des Droits de l'homme ?⁸¹⁸ Peut-être parce qu'il comporte des incompatibilités avec le principe exprimé à l'article 27.1. L'article 27.1 stipule en effet que chacun a le « droit de participer librement à la vie culturelle de la communauté, de jouir des arts et de participer au progrès scientifique et aux bienfaits qui en résultent ». Cet article

⁸¹⁵ Comme le rappelle de nouveau P. Drahos, *Ibidem*, la Déclaration universelle des Droits de l'homme de 1948 ne fait pas expressément référence au droit de propriété intellectuelle, mais l'article 27.2 établit que « chacun a droit à la protection des intérêts moraux et matériels découlant de toute production scientifique, littéraire ou artistique dont il est l'auteur ». La propriété intellectuelle constitue certes une façon de protéger les intérêts moraux et matériels des chercheurs, auteurs ou artistes, mais elle n'est pas visée expressément par cet article.

⁸¹⁶ Voir plus précisément l'article 15 : « 1. Les États parties au présent Pacte reconnaissent à chacun le droit: a) De participer à la vie culturelle; b) De bénéficier du progrès scientifique et de ses applications; c) De bénéficier de la protection des intérêts moraux et matériels découlant de toute production scientifique, littéraire ou artistique dont il est l'auteur. 2. Les mesures que les États parties au présent Pacte prendront en vue d'assurer le plein exercice de ce droit devront comprendre celles qui sont nécessaires pour assurer le maintien, le développement et la diffusion de la science et de la culture. 3. Les États parties au présent Pacte s'engagent à respecter la liberté indispensable à la recherche scientifique et aux activités créatrices. 4. Les États parties au présent Pacte reconnaissent les bienfaits qui doivent résulter de l'encouragement et du développement de la coopération et des contacts internationaux dans le domaine de la science et de la culture ».

⁸¹⁷ P. Drahos, *Ibidem*. Voir plus précisément l'article 19 : « 1. Nul ne peut être inquiété pour ses opinions. 2. Toute personne a droit à la liberté d'expression; ce droit comprend la liberté de rechercher, de recevoir et de répandre des informations et des idées de toute espèce, sans considération de frontières, sous une forme orale, écrite, imprimée ou artistique, ou par tout autre moyen de son choix. 3. L'exercice des libertés prévues au paragraphe 2 du présent article comporte des devoirs spéciaux et des responsabilités spéciales. Il peut en conséquence être soumis à certaines restrictions qui doivent toutefois être expressément fixées par la loi et qui sont nécessaires: a) Au respect des droits ou de la réputation d'autrui; b) A la sauvegarde de la sécurité nationale, de l'ordre public, de la santé ou de la moralité publiques ».

⁸¹⁸ Voir plus précisément l'article 27 : « 1. Toute personne a le droit de prendre part librement à la vie culturelle de la communauté, de jouir des arts et de participer au progrès scientifique et aux bienfaits qui en résultent. 2. Chacun a droit à la protection des intérêts moraux et matériels découlant de toute production scientifique, littéraire ou artistique dont il est l'auteur ».

27 exprime parfaitement le conflit propre au débat sur la propriété intellectuelle: le conflit entre la protection des inventeurs d'une part, et la diffusion et l'accès à l'utilisation de l'information d'autre part. On peut d'ailleurs se poser la question de savoir si l'antériorité de l'article 27.1 sur l'article 27.2 ne signifierait pas que ce premier principe serait plus fondamental que le second.

Ainsi, le droit ne semble donc pas reconnaître le droit de propriété intellectuelle comme un droit fondamental. Il est en effet le plus souvent restreint dans le temps, alors que les droits fondamentaux ne connaissent pas de limite temporelle, ce qui pourrait confirmer le caractère plus absolu de ces derniers. A l'intention de ceux qui ne peuvent se résoudre à séparer le droit de propriété intellectuelle du droit de propriété, rappelons les limites auxquelles est soumis ce dernier : s'il s'en réclame, le droit de propriété intellectuelle doit pouvoir être assujéti aux mêmes limites. Dans le cadre de la doctrine des droits de l'homme, certains droits complètent ou assurent la faisabilité d'autres droits : ce sont des droits dits *instrumentaux*. Le droit à la propriété intellectuelle semble correspondre à ce type de droits :⁸¹⁹ il constitue en effet une façon de mettre en œuvre le droit à la protection des intérêts moraux et matériels des auteurs. Si l'on adopte cette perspective, il faut en conclure, de façon plus générale, que les « véritables » droits fondamentaux (ou plus exactement ceux reconnus comme tels) devraient guider le développement des systèmes de protection de la propriété intellectuelle.⁸²⁰

Comment dès lors expliquer la prééminence du droit de propriété intellectuelle sur l'application de certains droits fondamentaux (droit à la santé, droit au développement, droit à l'information), si ce n'est en faisant l'hypothèse, que nous vérifierons dans les chapitres suivants, qu'il résulte d'intérêts puissants, plus enclins à le faire reconnaître qu'à créer les conditions d'application d'un droit à la santé ou au développement.⁸²¹

Ni le droit de propriété, ni le droit de propriété intellectuelle ne semblent donc pouvoir être reconnus comme des droits fondamentaux intouchables, même si le droit les reconnaît comme des droits importants. Mais on pourrait objecter que le droit positif se développe en fonction des conditions historiques et peut-être, pour suivre des auteurs comme Nicolas Bronzo, « *faudrait-il* » malgré tout faire de ces droits des droits inaliénables ? Proudhon, puis Marx nous offrent des arguments solides réfutant la pertinence d'un tel projet.

Proudhon et Marx, pourfendeurs du droit naturel de propriété

Proudhon expose en effet des arguments de poids. Il balaie les arguments traditionnels en faveur de la propriété naturelle, à commencer par le droit du premier occupant (celui de Mill et des libertariens). En effet, si les premiers occupants ont tout occupé, que restera-t-il aux suivants ? Pour Proudhon, ce droit du premier occupant n'est pas équitable.

⁸¹⁹ T. Breger, *L'accès aux médicaments des pays en développement*, l'Harmattan, p. 596, partage également cette conclusion.

⁸²⁰ P. Drahos, *op.cit.*

Proudhon discute également l'argument du travail en faisant observer que, si le travail donne lieu à un droit de propriété, tous les travailleurs devraient être propriétaires. Or c'est manifestement loin d'être le cas. Le travail semble donc donner prioritairement droit à la propriété à celui qui détient un droit d'occupation antérieur⁸²² acquis le plus souvent par la force. La justification de la propriété par le travail est donc un leurre. Le droit du plus fort, quant à lui, est injuste.

Proudhon s'interroge encore sur la raison d'être du caractère « absolu » du droit de propriété, un droit qui, selon lui, autorise, en certaines circonstances, le non-droit. Ni le droit du plus fort, ni le droit du premier occupant, ni le travail ne constituent pour Proudhon des justifications valables en faveur de la propriété. Pourquoi ? Parce que, selon lui, l'égalité est à l'origine du droit de propriété et celui-ci doit en tenir compte. Proudhon fait en effet l'hypothèse que la propriété a été inventée parce que la possession ne suffisait pas pour prémunir les orphelins, les absents, pour défendre les faibles contre les forts, pour supprimer les spoliations, les fraudes, ... Mais il s'agit là, selon lui, d'une ébauche d'organisation instinctive qui devrait être affinée en raison de ses conséquences négatives qui n'avaient pas été prévues, notamment sa faculté d'exclusion et son viol de l'égalité et du libre-arbitre (cf. *la propriété* (c'est-à-dire les abus de la propriété), *c'est le vol* !). L'égalité étant à la source de la propriété, cette dernière ne peut la renier. Si la propriété s'avère donc, en dernière analyse proudhonienne, légitime dans ses motifs (afin de prémunir le faible contre le fort), bien qu'elle soit une fiction juridique résultant d'une confusion progressive et volontaire entre possession et propriété (il ne s'agit donc pas d'un droit naturel, mais d'un droit positif) ; elle n'en doit pas moins s'incliner devant le sens commun et

⁸²¹ Avec l'extension du régime des droits de l'homme, de plus en plus d'intérêts sont revendiqués comme des droits fondamentaux. On parle généralement de trois générations de droits de l'homme : les droits classiques (première génération), les droits au bien-être (économiques et sociaux, dits de deuxième génération) et les droits des peuples ou les droits liés à la solidarité (troisième génération). Ces droits de la troisième génération ne sont pas encore précisément définis dans le droit international. Beaucoup ne sont souvent présents que dans des recommandations ou autres instruments juridiques relativement peu contraignants. Les droits de propriété intellectuelle, par contre, sont clairement définis dans de nombreux traités contraignants. Le rapport de force entre ces deux types de droit est fortement inégal. Le droit au développement, par exemple, fait toujours l'objet de débats. La Déclaration sur le droit au développement est relativement vague sur les obligations qui en découlent. Les éventuels points de tension entre droit au développement et droit de propriété intellectuelle (par exemple dans les pays en développement), même lorsqu'ils sont démontrés ou attestés empiriquement, peinent à ébranler la conviction selon laquelle la propriété intellectuelle contribue au développement économique. Les mêmes obstacles se dressent lorsqu'il s'agit de faire appliquer le droit à la santé contre le droit à la propriété intellectuelle. Dans ce dernier cas, c'est justement le progrès médical et pharmaceutique qui permet de justifier les brevets déposés dans ce domaine. Le droit à la propriété intellectuelle crée de nouveau un obstacle lorsqu'il s'agit de mettre en œuvre les droits culturels (dont le contenu n'est, il est vrai, pas encore parfaitement clair). Parmi ces droits, le principe de diffusion de la culture, propre aux Lumières, est fondé sur l'idée que les cultures font partie des biens communs intellectuels mondiaux auxquels tout être humain a certains droits d'accès. Comme le droit au développement ou le droit à la santé, ce principe n'est pas, sur le plan théorique, nécessairement inconsistent avec les régimes de propriété intellectuelle occidentaux : ceux-ci permettent en effet à leur objet de tomber dans le domaine public au bout d'un certain temps. Pourtant, en pratique, l'expansion des régimes de propriété intellectuelle a pour effet d'augmenter le coût de l'information scientifique, culturelle et éducationnelle et de mettre à mal ce principe de diffusion culturelle durant la période de protection: P. Drahos, *Ibidem*.

⁸²² De même qu'aujourd'hui, l'argument de l'investissement comme justification de la propriété intellectuelle peut être dénoncé comme conduisant à conférer un privilège légal en récompense d'un privilège économique de fait.

devant la morale. La propriété doit dès lors, à ses yeux, être généralisée, les terres partagées de façon égale et les choses communes, parce qu'indispensables, réglées dans l'intérêt et pour la sûreté de tous. Pour Proudhon, en un mot, la véritable « propriété » est impossible. L'homme, le peuple ne sont qu'usufruitiers, ce qui leur donne une responsabilité. Ils sont responsables de la chose qui leur est confiée. Ils doivent en user conformément à l'utilité générale, dans une vue de conservation et de développement de la chose. Ils ne sont point maîtres de la transformer, de l'amoindrir, de la dénaturer. Ils ne peuvent diviser l'usufruit, de manière qu'un autre exploite la chose pendant qu'eux-mêmes en recueillent le produit ; en un mot, l'usufruitier est placé sous la surveillance de la société, soumis à la condition du travail et à la loi de l'égalité. Conscient toutefois des dangers de l'appropriation sociale et de ses conséquences autoritaires, Proudhon prône une petite propriété, sans concentration capitaliste, rejoignant en quelque sorte Cicéron, convaincu que nous avons le droit de posséder seulement ce qui suffit à notre consommation.

Pour Proudhon, le droit de propriété « naturel » est donc un leurre. Sur la question du droit de propriété intellectuelle, il soutient que le fond du problème que pose la propriété intellectuelle ne relève en rien de la propriété, mais de la question de la rémunération des auteurs. C'est aussi la position défendue, plus récemment, par Stallman. Mais parce que la propriété intellectuelle est présentée, justifiée par ses détenteurs et mise en œuvre comme « une sorte » de propriété, son degré de justice et d'injustice mérite, selon nous, d'être questionné dans les mêmes termes que la propriété. Les chapitres suivants devront donc répondre aux questions suivantes : la propriété intellectuelle sur une innovation n'est-elle pas en quelque sorte fondée sur le droit du plus fort (légitimé par l'État via le droit) ? N'est-elle pas également fondée sur le droit du premier occupant et son iniquité intrinsèque ? Règle-t-elle les choses communes (savoirs, ressources), qu'elle ne reconnaît d'ailleurs plus comme telles, dans l'intérêt et pour la sécurité de tous ? Ne sommes-nous pas, dans l'intérêt des générations futures, usufruitiers, plutôt que « propriétaires » des avancées scientifiques et technologiques : pourquoi ne pas partir du postulat qu'il existe de fait un principe de non-propriété des choses, seules des appropriations temporaires, des emprunts en quelque sorte au sol, aux ressources, aux générations futures, etc. étant rigoureusement concevables ? La concentration capitaliste contemporaine en matière de droits de propriété intellectuelle ou permise en partie par les monopoles que crée la propriété intellectuelle est-elle admissible ? En un mot, les pratiques en matière de propriété intellectuelle s'inclinent-elles devant la morale ?

La critique du droit de propriété de Marx est plus célèbre encore que celle de Proudhon. Marx dénonce, on l'a vu, la conception selon laquelle l'homme serait propriétaire de lui-même, dont l'effet, selon lui, serait en réalité de permettre l'exploitation de l'homme par l'homme.

Il met également en évidence le mécanisme d'oppression au cœur de la propriété. La propriété privée n'existe pas pour la plupart des individus. Bien plus : elle n'existerait pour une minorité que parce qu'elle n'existe pas pour la majorité, le capital (la propriété) exploitant le travail salarié. Les droits et libertés individuels, et notamment le droit à la propriété, purement déclaratoires, masqueraient la réalité de ces inégalités de fait. Dans le même ordre d'idées, le droit de propriété intellectuelle redistribuerait la propriété au bénéfice de certains.

Il dénonce encore, dans les droits de l'homme, et tout particulièrement dans le droit à la propriété, la promotion de l'homme égoïste, préoccupé uniquement de son intérêt personnel et obéissant à son arbitraire privé. C'est cette propriété propre à notre temps et qu'il qualifie de « bourgeoise » que veut abolir Marx, et non celle du petit paysan que le progrès de l'industrie détruit d'ailleurs chaque jour davantage. Marx dénonce ainsi la confusion entre la propriété privée fondée sur le travail personnel (la propriété du paysan) et la propriété privée fondée sur le travail d'autrui (la propriété bourgeoise), la seconde se développant au détriment de la première. Par rapport à ce dernier point, Marx s'insurge contre l'appropriation des moyens de production, met en lumière le fait que l'appropriation primitive et les propriétés qui en résultent trouvent leur origine dans la force, le vol, le pillage, l'expropriation, les rapines, les spoliations. Il dénonce également l'illusion qu'il est dans la destination de l'homme de prendre possession de la nature comme de sa propriété privée⁸²³ et conteste l'idée que la propriété privée soit le seul type de propriété permettant la production.

Il critique enfin la propriété-possession, négative à ses yeux, et promeut une conception alternative et positive de la propriété comme jouissance de l'expression active de soi, retrouvant dans cette essence positive de la propriété privée l'exigence que les hommes se réalisent dans les objets et les œuvres qu'ils produisent. Son idéal était de rétablir une forme de propriété fondée sur la coopération et la possession commune de tous les moyens de production.

La grille de lecture marxiste fonctionne aussi par rapport à la propriété intellectuelle. L'analyse conduite dans les chapitres suivants devra montrer si elle se révèle pertinente : la propriété intellectuelle s'est-elle construite, tout comme le droit de propriété, sur la force (l'intérêt du plus fort) légitimée par l'État à travers le droit ? Induit-elle une forme d'aliénation, d'exploitation du travailleur intellectuel ? Celui-ci se retrouve-t-il privé de la propriété des moyens de production (le savoir, les savoir-faire) via un processus d'obstruction dans l'accès au savoir, construit par le droit⁸²⁴ ?⁸²⁵ Son œuvre, comme son travail créatif, se retrouvent-ils soumis au régime de la marchandise au profit du « capital » ? La propriété intellectuelle induit-elle des rapports d'exploitation entre les pays « riches » et les pays « pauvres » liés à l'appropriation du savoir ? Les différents arguments en faveur de la propriété intellectuelle sont-ils autre chose que des façons de justifier les rapports de classes (et les inégalités) dont tirent parti les classes dominantes et que reproduisent les droits de propriété intellectuelle ? Est-il exact que, loin d'être « naturelle », la propriété intellectuelle, dans tous les pays, est apparue et a connu des développements progressifs chaque fois que les rapports de production l'ont exigé, apparaissant incontestablement comme étant au service du « capital » ? La marchandisation de la science, de la

⁸²³ « (...) l'illusion que la propriété privée elle-même repose sur la seule volonté privée, sur la libre disposition des choses. (...) Cette illusion juridique, qui réduit le droit à la seule volonté, aboutit fatalement, dans la suite du développement des rapports de propriété, au fait que quelqu'un peut avoir un titre juridique à une chose sans détenir réellement la chose » : Marx, *L'idéologie allemande*, 1^{ère} partie.

⁸²⁴ Sans droits de propriété intellectuelle, en effet, la rareté du savoir ou de l'information, à l'origine de prix élevés sur le marché, serait difficile à établir, bien qu'elle ait été autrefois régie par les jurandes (groupements professionnels, sous l'Ancien Régime) et les corporations.

⁸²⁵ En effet, si je ne possède pas le matériau de base, comment puis-je posséder le produit ? La création n'est pas une justification suffisante car à qui appartient le matériau de départ ?

culture, de la littérature, de la médecine, de la technologie, du droit et celle du travail créatif de l'homme de lettres, de l'homme de sciences, etc. sont-elles admissibles ? Le droit à la propriété intellectuelle est-il accessible à tout innovateur quelle que soit la structure à partir de laquelle il innove ? Comment concilier l'objectif de réalisation de l'homme dans l'œuvre qu'il produit, pour autant que celui-ci soit toujours recherché, avec les impératifs actuels de production ? Comment sortir d'une représentation du monde selon laquelle la liberté est limitée par la société, pour percevoir la richesse que peuvent apporter la coopération et la possession commune des moyens de production ?

Proudhon pose, quant à lui, des questions essentielles de politique économique dont certaines devront également être reposées au cours des chapitres suivants : à partir du moment où ils œuvrent pour la société et où la division du travail ne leur laisse plus le temps de s'adonner à toutes les tâches indispensables à leur subsistance, tous les travailleurs ne devraient-ils pas recevoir le même salaire, indépendamment de la valeur d'opinion liée à leur travail ?⁸²⁶ Si ce n'est pas le cas, comment déterminer la valeur du travail créatif, littéraire, scientifique ? Comment déterminer sa valeur d'utilité ? La concurrence doit-elle en être juge (c'était la position de Marx, contrairement à celle de Proudhon) ? Dans l'optique d'un développement durable, d'autres critères qualitatifs par rapport à l'innovation, notamment, ne sont-ils pas requis ? Le travailleur intellectuel œuvre-t-il seulement pour lui ou pour la société ? Travaille-t-il seulement pour gagner son pain ou pour la vérité ? Comment le rémunérer s'il n'est pas fonctionnaire ?⁸²⁷ S'il est fonctionnaire, ne faut-il pas considérer la rente liée à la propriété intellectuelle comme un double revenu ? Ne peut-on pas également la considérer comme un revenu injustifié, la production d'un individu étant en grande partie débitrice de la société ? La recherche du profit ne modifie-t-elle pas la qualité de la production littéraire, scientifique, culturelle, artistique, technique... ?⁸²⁸ La publication d'une œuvre « donne » par définition cette œuvre au public : dès lors, elle n'appartient plus à l'auteur, mais à la société. Le fond du problème que pose la propriété intellectuelle ne relève-t-il donc de la façon de rétribuer les auteurs, et non de la propriété, ce qui change fondamentalement la donne du problème ?⁸²⁹

Le travail ne justifie pas la propriété

⁸²⁶ Pour Proudhon, le génie ne mérite pas davantage que le « simple » travailleur. Les travailleurs intellectuels doivent, comme tout travailleur, recevoir ce que leur production leur a coûté en temps et en dépenses, car la société paie des produits qui lui sont tous destinés, et la production d'un de ces produits par un individu empêche ce dernier de produire tous les autres. Cette règle concernant les salaires s'applique à tous, à l'exception des fainéants. Certes, la société accorde des valeurs d'opinion aux produits, mais si l'on tente réellement de comparer les valeurs d'utilité, cela ne tourne pas nécessairement à l'avantage des créatifs : en temps de disette, les produits alimentaires acquièrent une plus grande utilité que les chefs-d'œuvre.

⁸²⁷ Pour Proudhon, un système de privilège temporaire reste admissible afin d'offrir une rémunération légitime à l'auteur *lorsque celui-ci n'en reçoit pas d'autre par ailleurs*.

⁸²⁸ Proudhon parle de *littérature de servilité*.

⁸²⁹ Proudhon n'est pas opposé aux privilèges temporaires comme mode de rémunération des auteurs, mais contre l'idée que la propriété intellectuelle soit une propriété.

En résumé, l'argument selon lequel le travail justifierait la propriété (exposé chez Locke, Nozick, Diderot, et même chez Smith) ne nous paraît pas convaincant à notre époque. En effet, de quel type de travail est-il question ? Une fois que l'on quitte le modèle théorique du travail individuel pour envisager le travail collectif, le travail créatif inspiré d'une tradition collective, le travail salarié, on est confronté aux objections incontournables de Proudhon et de Marx.

Remarquons d'ailleurs que le travail n'est qu'une partie de l'argumentaire visant à justifier la propriété intellectuelle. Diderot justifie en partie les privilèges par des arguments de type utilitariste ; Locke justifie lui aussi en partie la propriété par des arguments de type utilitariste, comme s'il s'agissait d'étoffer le seul argument (insuffisant ?) du travail. Et effectivement, notre position, au terme de ce développement, est, d'une part que la « propriété » intellectuelle n'est en rien une propriété, et d'autre part que la propriété, de même que la propriété intellectuelle ne peuvent être considérées comme des droits naturels, ce qui ne signifie pas que les deux ne puissent pas se justifier par des arguments utilitaristes, mais il s'agit alors d'une approche toute autre, que nous examinerons dans le développement suivant.

2) Conclusion autour de l'argument utilitariste⁸³⁰

Le critère utilitariste a été vivement critiqué. Pour certains, il est impossible ou, du moins, extrêmement difficile à appliquer. Dans l'abstrait, les principes utilitaristes sont en effet relativement simples, mais, dans la pratique, mesurer le bonheur ou comparer les effets heureux et malheureux d'une situation s'avèrent plus malaisés. Concernant l'impossibilité de mesurer le plaisir et le bonheur, les utilitaristes pensent qu'il est possible de contourner ce problème et de mesurer des grandeurs qui leur sont étroitement associées : ce sont des variables de substitution, des variables qui, maximisées, contribueraient à maximiser le bonheur collectif.⁸³¹

Juger, aujourd'hui, en utilitariste, si les pratiques en matière de propriété intellectuelle concourent au bien collectif suscite de nombreux problèmes méthodologiques. Pour faire face aux exigences de notre époque, il faudrait en effet, dans un premier temps, revoir les notions d'*utilité* et de *bien collectif* dans une optique redéfinie par l'impératif de *soutenabilité* (voir sur ce point le chapitre suivant). On devrait ensuite, pour juger le bien-fondé des politiques en matière de propriété intellectuelle, mesurer l'accroissement de la production et de la consommation des

⁸³⁰ Les arguments utilitaristes en faveur de la propriété intellectuelle ont été de plusieurs ordres. Dans un premier temps, les monopoles et privilèges ont été justifiés par l'intérêt général de la Nation, c'est-à-dire sa richesse et sa puissance. Ce fut le cas dans l'Antiquité, à Venise, en Angleterre, etc. A partir du 18^{ème} siècle, le but de l'utilitarisme, dont Bentham fut le fondateur (puissant notamment à la source d'Adam Smith), fut l'optimisation, pour le plus grand nombre, du bonheur individuel (défini par exemple, pour Stuart Mill, comme le plaisir et l'absence de douleur). Dans le cadre de ce mouvement, la propriété intellectuelle est souvent considérée comme un stimulant à l'innovation, un encouragement à l'investissement en faveur de celle-ci. Cet utilitarisme suppose l'économie de marché. La législation est en grande partie fondée sur cette idée que protéger l'intérêt privé (en encourageant l'investissement et le profit) concourt à l'intérêt général (entendu comme la somme des intérêts de consommateurs et des producteurs) : M. Buydens, *op. cit.* p 352-400.

⁸³¹ F. Vergara, *op. cit.*, p. 106-111.

innovations protégées réellement utiles (dans le sens redéfini), ce qui permettrait de se faire une idée de l'augmentation du bien(-être) collectif.

Néanmoins, le fait que l'utilité d'une invention puisse ne pas être immédiate, ni perceptible à court terme sape en partie cette possibilité. Les externalités – notamment environnementales – devraient également être intégrées au calcul : or elles ne sont pas non plus toujours perceptibles à court terme. Il conviendrait aussi de mesurer l'accroissement de la répartition de ces innovations ou l'accroissement des inégalités qui résulteraient directement des dispositions en matière de protection de la propriété intellectuelle, après avoir vérifié que ces inégalités ne seraient pas qu'une étape dans le processus de diffusion de l'innovation et défini si cette phase transitoire est acceptable sur le plan éthique. Il est vraisemblable que ces mesures donneraient lieu à des résultats variables selon la culture et les valeurs utilisées pour juger. Et tout cela uniquement si l'on part du postulat que l'innovation résulte de l'incitant que constitue la propriété intellectuelle, ce qui nécessite une discussion en soi.⁸³²

Il serait souhaitable, dès lors, au minimum, de modifier nos critères de jugement de l'innovation et de déterminer, sur base du passé, si oui ou non l'incitant que constitue - peut-être - la propriété intellectuelle a induit des innovations utiles à la collectivité, compte tenu des impératifs liés à l'idée de soutenabilité et aux exigences d'équité qu'elle implique notamment.

Par ailleurs, comme le rappelle Vergara, pour un utilitariste, contrairement aux partisans du droit naturel, la propriété d'un objet comporte des limites, une durée, des servitudes dictées par l'utilité publique : les droits sont justifiés par cette utilité publique. Des situations particulières déplorables découlent toujours de l'application du principe d'utilité. Les utilitaristes en sont conscients, mais nombreux sont ceux qui n'estiment pas que des exceptions se justifient si l'impact de la règle est en grande partie positif. D'autres proposent toutefois d'accorder une compensation pour tous les effets négatifs qui découlent de situations particulières. Par contre, lorsque les désagréments des cas particuliers sont beaucoup plus importants que l'apport qui découle de la règle, les circonstances justifient des règles différentes. A l'instar de la plupart des doctrines éthiques, l'utilitarisme justifie d'ailleurs l'adoption de règles différentes en matière de propriété ou encore d'expression des idées en cas de circonstances exceptionnelles (en temps de guerre, par exemple).⁸³³ Or les modes d'appropriation et l'expression des idées sont justement au cœur de la propriété intellectuelle: l'idée d'adjoindre à celle-ci des mesures dérogatoires (effectives, et non juste théoriques) est donc parfaitement défendable du point de vue utilitariste.

D'ailleurs, comme on a pu le constater dans ce chapitre, le critère utilitariste a été utilisé tant (sinon davantage) pour condamner ou restreindre les pratiques de propriété intellectuelle que pour les promouvoir.⁸³⁴ De nombreux penseurs ont plaidé contre la propriété intellectuelle, les privilèges et les monopoles au nom d'arguments utilitaristes (voir le *Statut des Monopoles* de 1623, Condorcet, la condamnation des monopoles chez certains libéraux utilitaristes, les défenseurs des *choses communes*, etc.).

⁸³² Nous aborderons cette question dans le chapitre 3.

⁸³³ Vergara, *op. cit.*, p.118-120.

Ainsi, pour Adam Smith, qui figure parmi les utilitaristes que nous avons étudiés, le monopole est incontestablement un encouragement à l'industrie concernée, mais orienter de façon artificielle l'industrie n'est peut-être pas ce qu'il y a de plus pertinent, la nécessité guidant naturellement l'économie et l'industrie dans le sens le plus avantageux pour la société. Smith fonde cette position sur la théorie de la main invisible (la liberté parfaite est nécessaire pour ajuster prix de marché et prix naturel). Il est difficile de souscrire rationnellement à la théorie de la main invisible : comment, sinon en référence à une providence divine, soutenir qu'une main invisible contribue au bien collectif, sachant que nombre de sociétés ont souffert, ont été soumises, ont péri, ont disparu, etc. ? Quel est le bien collectif que fait intervenir cette théorie : celui de la famille, de la communauté, de la cité, de la nation, de l'humanité, etc. ? Pourquoi ce niveau précis et pas le niveau supérieur ou inférieur ? Pourquoi la providence/nécessité/nature des choses favoriserait-elle le bien collectif et pas le bien individuel ? Pourquoi chaque action individuelle ne contribue-t-elle alors pas aussi nécessairement, via une main invisible, aux intérêts et au bien-être de l'individu qui la commet ? Si la théorie de la main invisible n'apparaît pas comme une justification convaincante de la condamnation des monopoles, il est par contre plus facile de rejoindre Smith lorsqu'il déplore que l'intérêt public passe après celui des marchands.

Certaines circonstances justifient en effet une attention particulière : c'est le cas des impacts négatifs souvent attribués aux pratiques de propriété intellectuelle.⁸³⁵ Comme le rappelle Stallman, la raison d'être historique de la propriété intellectuelle est le gain social. Mais les pratiques actuelles en la matière sont fréquemment accusées de léser la société tant matériellement que spirituellement. S'il se vérifie⁸³⁶ que la propriété intellectuelle a pour effet de réduire l'activité concurrentielle, affectant l'emploi, si l'on peut démontrer que la direction que prennent l'innovation, la science et la culture est en grande partie orientée par des intérêts particuliers qui peuvent avoir pour effet de faire passer l'intérêt public après celui des producteurs, des

⁸³⁴ Comme nous l'avons montré dans la première partie de ce chapitre, Mill, penseur utilitariste, n'est pas défavorable aux brevets. Il soutient toutefois que le devoir de l'État est guidé par le même objectif éthique que celui de l'individu, celui de concourir au bonheur général, et qu'il lui revient également la tâche d'entreprendre toute activité désirable pour l'intérêt général si cette activité n'est pas de nature à rémunérer les individus ou les associations qui l'entreprendraient. Cet argument est utilisé de nos jours par les entrepreneurs en faveur de l'intervention de l'État que constitue la protection de la propriété intellectuelle, mais il justifie évidemment aussi l'investissement de la société dans la recherche publique et pourrait tout aussi bien justifier que l'État accorde une récompense pécuniaire à l'inventeur. Par ailleurs, comme nous l'avons montré, Mill apparaît comme un penseur partagé entre son aspiration à la liberté et sa foi dans le principe de liberté économique d'une part, entre son désir de contribuer au bien public et son constat des impacts des comportements d'accumulation matérielle sur la condition humaine d'autre part. Ainsi, par exemple, il constate, avant de le réfuter, que la technique nuit au travailleur prolétaire. Il refuse le communisme, bien que ce mouvement lui soit manifestement sympathique, et préconise de rechercher plutôt comment améliorer l'institution de la propriété privée pour réduire les excès et les inégalités qu'il déplore. Il fait l'apologie de la concurrence, bien qu'il en reconnaisse les effets néfastes. Il condamne le monopole et les entraves à l'accès aux biens, mais il ne voit pas de contradiction à défendre le brevet. Et il n'hésite pas à concéder, au terme de deux volumes de 500 pages de principes d'économie politique, que l'état stationnaire serait de loin l'état le plus désirable. Ces positions ambiguës de Mill sont, à nos yeux, bien plus éloquentes que toutes les critiques explicites des principes du libéralisme économique.

⁸³⁵ Dont certains ont été évoqués au chapitre 1.

⁸³⁶ Nous reviendrons sur ces problématiques dans les chapitres suivants.

investisseurs, des politiques, s'il se révèle manifeste que l'accès à certains savoirs et savoir-faire qui peuvent avoir un impact sur la subsistance est quelquefois entravé par des droits de propriété intellectuelle, affectant l'autonomie des individus, si l'on peut montrer que l'accès à certains biens utiles, importants, voire fondamentaux est freiné par les droits de propriété intellectuelle ou le coût important des produits qui résulte du monopole qu'ils occasionnent, alors il convient d'expliquer pourquoi, en dépit de ces circonstances préoccupantes, le droit de propriété intellectuelle reste présenté comme la seule façon de rémunérer les créateurs. Pour Stallman, la propriété intellectuelle n'est pas l'unique modèle économique envisageable pour atteindre cet objectif ; il n'est le plus courant que parce qu'il est le plus lucratif pour certains.

La perspective utilitariste, telle que nous en comprenons les objectifs, conduit d'ailleurs à l'idée selon laquelle développer une « rationalité alternative généralisable »⁸³⁷ fondée sur le principe philosophique et politique du commun permettant de construire des biens communs et de les protéger constituerait un progrès indéniable dans l'optique du bien commun redéfini de façon réellement démocratique. Comme le montre Lessig, des ressources libres ou détenues en commun peuvent parfois créer plus de richesses et de possibilités de développement que lorsque ces mêmes ressources sont la propriété de quelqu'un. On sait par ailleurs que de nombreux droits de propriété intellectuels sont acquis afin de bloquer à long terme d'éventuels développements innovateurs concurrentiels. Dans ces deux cas de figure, la propriété et la propriété intellectuelle sont alors contre-productives pour la société (c'est la tragédie des anti-communs). Construire et protéger en commun les biens communs est une façon de garantir que cette valeur restera à la disposition de tous, d'éviter la perte de ce bien commun que constitue l'innovation, et se justifie également, et sans doute même avant tout, au nom d'autres valeurs : équité, valeurs démocratiques, possibilité pour chacun de participation à la vie sociale, culturelle, scientifique et créative qui donne sens à la vie humaine.

Pour J. Boyle, « le langage du domaine public constitue une alternative au langage de la propriété sacrée, tout comme le langage de l'environnement permet, dans d'autres contextes, de s'opposer au langage du progrès, de la croissance ou même de la Modernité. Le parallélisme ne s'arrêterait pas là : de même que l'environnement (le monde naturel) a fini par disparaître de nos préoccupations et de notre représentation du monde (comme le montre M. Serres), le domaine public tend lui aussi à perdre de sa consistance, comme concept et comme valeur, et à s'amenuiser comme réalité, à force, notamment, de concentrer notre attention sur les notions d'auteur original, de travail ou d'investissement ». Les notions de domaine public et de choses communes pourraient donc jouer un rôle semblable à la notion d'environnement qui a permis de construire une nouvelle vision de l'intérêt commun. Le concept d'environnement a en effet permis de mettre l'accent sur deux aspects : les interconnections fragiles et imprévisibles entre les systèmes vivants, et le fait que les marchés échouent à internaliser les coûts, notamment environnementaux, de leurs activités, avec des conséquences dangereuses et imprévisibles. Il serait souhaitable que la même chose se produise avec les idées de *domaine public* et de *res communes*. Au-delà des différentes luttes contre l'extension de la propriété intellectuelle, ces concepts peuvent créer une référence commune qui permettrait d'articuler les différentes actions. Tout comme l'environnement répond

⁸³⁷ Dardot et Laval, *op. cit.*, p. 156.

à de nombreux espoirs et à diverses craintes (préserver la biodiversité, la nature pour des raisons esthétiques ou spirituelles, etc.), les différentes conceptions du domaine public et des choses communes expriment les nombreuses craintes que suscite l'appropriation outrancière. Elles permettent une réflexion généralisée sur les présupposés de notre mode de vie, de notre organisation économique et industrielle.⁸³⁸

Nous avons montré que les principes juridiques du patrimoine commun de l'humanité et des *res communis* peuvent effectivement constituer des bases de réflexion très fécondes, mais peut-être insuffisantes, et cela d'autant plus que la période actuelle ne semble pas propice à donner un réel souffle à ces notions, comme nous le montrerons dans le chapitre 4.

Pour Boyle, la rhétorique des *commons* serait plus cohérente, même s'il peut être nécessaire de payer pour utiliser certains *commons*. L'idée de gratuité économique ne serait d'ailleurs indispensable ni à la définition ni du domaine public, ni à celle des *commons*. Dans une perspective politique très libérale, certains défenseurs de ce mouvement soutiennent en effet que seul le pouvoir de contrôle lié à la propriété intellectuelle serait réellement dangereux, plus que l'inconvénient des coûts qui caractérisent généralement les ressources protégées.

Plusieurs remarques peuvent être faites à ce niveau. La première, c'est que Boyle n'entend pas la notion de *commons* comme nous l'avons définie plus haut : « Désireux de penser le domaine public au sens large et parfois quelque peu subjugués par l'exemple irrésistible du logiciel libre, les juristes (dont Boyle) tendent à concevoir les communs comme des ressources universellement accessibles et à l'utilisation faiblement réglementée, ce qui n'est pas la définition d'Ostrom »⁸³⁹. Nous avons vu en effet qu'il existe des différences entre *commons* au niveau de l'accès : certains visent l'universalité d'accès, d'autre non. Dans ce dernier cas, l'accès est réglé et réservé aux *commoners*, ce qui constitue certainement un atout en comparaison avec le statut de *res nullius*, mais peut aussi susciter des critiques : nous approfondirons cette question importante lorsque nous étudierons la question des semences et celle des savoirs traditionnels dans le chapitre 4.

Quant aux communs en libre accès, le fait de les mettre en libre accès ne résout pas toutes les difficultés d'accès : celles-ci peuvent être liées aux différences sociales ou au coût d'accès éventuel.⁸⁴⁰ Pour Boyle, si l'on paie une faible somme en échange d'une ressource qui aurait acquis le statut de *commons* ou ferait partie du domaine public, on évite les deux inconvénients du contrôle et du prix excessif. Pour notre part, nous nous positionnons à tout le moins contre la généralisation de l'idée d'un domaine public payant et contre la généralisation du principe des

⁸³⁸ J. Boyle développe cette analogie avec l'environnementalisme dans *A politics of intellectual property: environmentalism for the net*, 47, *Duke Law Journal*, 87 (1997), article accessible sur <http://www.law.duke.edu/boylesite/Intprop.htm>; de même que dans J. Boyle, *The Second Enclosure Movement and the Construction of the Public Domain*, in *Law and Cont. Prob.* 33 (Winter/Spring 2003), article accessible sur <http://www.law.duke.edu/pd/papers/boyle.pdf>, p. 20.

⁸³⁹ S. Broca, B. Coriat, *Le logiciel libre et les communs*, 2015, *op. cit.*

⁸⁴⁰ VECAM, *op. cit.*, articles 2 et 20.

commons si cette dernière se produisait au détriment de véritables communs indépendants de tout régime de propriété et de tout régime de propriété intellectuelle.

Nous partageons donc la position de Dardot et Laval selon laquelle « viser le bien commun par la production de biens communs qui constitueraient un patrimoine commun » n'est pas suffisant. En effet, produire des biens communs est sans doute trop limitatif : l'idée d'une alternative généralisable - et pour ce faire d'une révolution économique faisant du commun le principe philosophique et politique central (dans une perspective qui n'a rien de communiste, comme l'explique longuement leur ouvrage) - est certainement un projet plus ambitieux et plus soutenable, dans le sens où il repose sur l'idée qu'un bien commun décrété par des experts est antidémocratique et qu'il faut lui préférer un projet de démocratie participative.⁸⁴¹

Les revendications qui concernent les biens communs locaux ou globaux plaident donc en faveur d'un nouveau paradigme économique et juridique qui tienne compte de ces biens communs, les règle et les rende effectifs.⁸⁴² Parmi les pistes théoriques de réflexion que peuvent susciter les excès de la propriété intellectuelle, ces revendications constituent un axe très important, mais encore largement à construire et à affiner.

3) Des conclusions qui convergent sur la question de la propriété intellectuelle

Le droit de la propriété intellectuelle contemporain est indéniablement le fruit de la tradition libérale. Il est reconnu par les libéraux utilitaristes à partir du moment où il trouve son utilité pour la société. Dans ce cas, il constitue certes une intervention de l'État, mais celle-ci se justifie, en cas de grande utilité, à condition que les administrations publiques ne soient ni incompetentes,⁸⁴³ ni corrompues... Le critère ultime de jugement d'une institution étant *l'utilité* et, au-delà, le *bonheur* que celle-ci procure à la communauté, un utilitariste contemporain se devrait d'utiliser ces critères pour juger les pratiques actuelles en matière de propriété intellectuelle, la difficulté consistant à ne pas confondre utilité collective et intérêts privés - le droit, et le droit de la propriété intellectuelle en particulier, mais également les administrations, cours de justices et processus de décisions politiques concernés étant le lieu d'expression de certains de ces intérêts privés et le fruit d'activités de lobbying intenses, comme le feront apparaître les chapitres suivants.

Pour certains libéraux partisans de la théorie du droit naturel, les monopoles et privilèges de fabrication constituaient une violation des droits naturels. Pour d'autres, le droit à la propriété intellectuelle serait déductible du droit à la propriété. Cependant, comme ce dernier, il entre quelquefois en conflit avec d'autres droits. Pour résoudre les conflits liés au droit de propriété,

⁸⁴¹ Dardot et Laval, *op.cit.*, p. 24-25.

⁸⁴² Sachant que les domaines publics et les choses communes devraient être encadrés, protégés et conçus différemment selon les objets auxquels ces notions s'appliquent.

⁸⁴³ C'était le cas au 18^{ème} siècle, à l'époque de Smith ou de Turgot. Récemment, certains offices des brevets ont eux aussi essuyé des critiques dont certaines sont exposées au chapitre 1.

certain théoriciens et partisans contemporains des droits de l'homme tendent de plus en plus à retirer au droit de propriété son statut de droit fondamental intouchable et à accroître l'importance des droits économiques et sociaux et des droits liés à la solidarité (droit à la santé, droit au développement, etc.).⁸⁴⁴ Proudhon, puis Marx ont également contribué à mettre en lumière le fait que le droit de propriété n'est en rien un droit naturel, et encore moins un droit égalitaire. Le caractère de droit fondamental cessant d'être reconnu, du moins unanimement, au droit de propriété, il devient difficile d'en déduire un droit à la propriété intellectuelle fondé en nature.

Certains libertariens défendent toutefois la propriété intellectuelle au nom de la prééminence absolue du droit à la propriété, et notamment du droit à la propriété sur le produit du travail individuel. Mais même dans le cadre du courant philosophique libertarien, un certain nombre de penseurs refuse l'idée d'un droit de propriété absolument dénué de toute limite ou condition, tandis que d'autres sont hostiles à la propriété intellectuelle. Nous avons d'ailleurs mis en évidence une série d'objections à l'encontre de l'idée de propriété de soi, postulat sur lequel repose l'idée de propriété naturelle sur les fruits de son travail.

Ce sont, paradoxalement, des positions ultra-libérales qui semblent influencer le développement du droit de la propriété intellectuelle. Au vu de l'évolution des régimes et des pratiques de défense de la propriété intellectuelle dans le monde, on a en effet le sentiment que la propriété intellectuelle est érigée en norme universelle, presque en droit naturel de propriété sur les œuvres de l'esprit qu'il s'agit de troubler le moins possible par des exceptions. « Ces vues ultra-libérales, qui prônent un système légal national et international garant de droits de propriété justifiés par le mérite et qui se révèlent compatibles avec des inégalités de revenus et des richesses colossales »⁸⁴⁵ peuvent être contestées au sein même de leur paradigme : il convient en effet de leur rappeler, puisqu'elles tirent (en connaissance de cause ou non) leur inspiration de Locke, que le droit de propriété sur le fruit de son travail était conçu, chez ce philosophe, dans une optique d'émancipation, d'auto-subsistance, mais aussi de considération pour l'intérêt d'autrui et de parcimonie, des objectifs clairement perdus de vue.

Si, pour les penseurs libertariens, le bien suprême réside dans la liberté que procure la propriété, nous avons vu que la propriété, telle qu'elle est mise en œuvre dans nos sociétés, est tout le contraire de synonyme de liberté pour tous.⁸⁴⁶ Lorsque Locke et la tradition libérale

⁸⁴⁴ Certains libéraux classiques complétaient d'ailleurs le droit naturel traditionnel par un droit au secours pour les plus démunis ou encore un droit à l'instruction pour les pauvres : ces droits complétaient la société libérale en la rendant un peu moins inégalitaire: F. Vergara, *op. cit.*, p. 197.

⁸⁴⁵ P. Van Parijs, *op. cit.*

⁸⁴⁶ Pour Noam Chomsky, « la version américaine du libertarisme est une aberration – personne ne la prend vraiment au sérieux. Tout le monde sait qu'une société qui fonctionnerait selon ce principe s'autodétruirait en quelques secondes. La seule raison pour laquelle certains font mine de la prendre au sérieux, c'est qu'ils peuvent s'en servir comme d'une arme. Par exemple, quand quelqu'un se dit favorable à un impôt, vous pouvez dire : « Non, je suis libertarien, je suis contre cet impôt ». Mais bien sûr, je suis tout de même favorable à la construction de routes par le gouvernement, aux écoles, au meurtre des Lybiens et autres choses du même acabit. Il existe aussi des libertaires cohérents, des gens comme Rothbard, et si vous examinez le monde qu'ils décrivent, il est tellement rempli de haine qu'aucun être humain ne voudrait y vivre. C'est un monde sans routes parce que vous ne voyez pas pourquoi vous devriez participer à une route

invoquent la propriété comme fondement de la société libre, on est en mesure aujourd'hui, au vu du degré d'injustice lié au mode de propriété moderne, de nuancer ces propos.

Le libéralisme philosophique comporte donc en lui de nombreux principes justifiant une redéfinition radicale des régimes de propriété intellectuelle. L'approche utilitariste et, pour nombre de ses adeptes, celle du droit naturel convergent en effet dans leurs analyses des excès de la propriété intellectuelle et aboutissent aux conclusions suivantes :

- Le droit de propriété intellectuelle devrait être explicitement subordonné à d'autres objectifs et effectivement soumis à des limites dictées par ces objectifs supérieurs ;
- Dans cette perspective, des exceptions *effectives* à la propriété intellectuelle paraissent pleinement justifiées ;⁸⁴⁷
- Mireille Buydens énumère en outre une série de mesures qui, elles aussi, effectivement mises en œuvre, pourraient contribuer à remédier au phénomène de réservation de l'information ;⁸⁴⁸

que vous n'allez pas emprunter : si vous voulez une route, vous formez un groupe avec ceux qui veulent l'utiliser et vous la construisez, puis vous faites payer les gens qui y roulent. (...) un tel monde ne pourrait fonctionner une seconde et s'il le pouvait, tout ce que les gens souhaiteraient, c'est de s'en échapper ou de se suicider » : N. Chomsky, *Comprendre le pouvoir*, Bruxelles, Ed. Aden, p. 174.

⁸⁴⁷ Par exemple, une réelle exclusion des découvertes, une réelle exclusion des variétés végétales, une réelle mise en œuvre des licences non volontaires, une réelle mise en œuvre de l'article 30 de l'ADPIC qui peut justifier l'usage à titre expérimental ou privé, mais aussi, selon certains auteurs, le *fair use*. Au contraire, on constate de façon générale une interprétation restrictive des exceptions, alors que celles-ci « ne sont *in fine* qu'un retour au principe de la libre concurrence (et donc de la libre copie), de telle sorte qu'elles n'ont pas à être interprétées de façon restrictive (puisqu'on en revient par ce détour à la règle même) » et que, par ailleurs, « les exceptions ne traduisent pas seulement des limites aux droits de l'auteur mais également la prise en compte de libertés fondamentales », souligne Mireille Buydens. Ainsi, l'exception pour usage à titre privé, par exemple, pourrait être fondée sur le droit au respect de la vie privée (consacré par l'article 8 §1 de la Convention européenne des droits de l'homme), observe ce même auteur : M. Buydens, *Remèdes à la privatisation de l'information par la propriété industrielle : le domaine technique*, in *Revue internationale de droit économique*, 2006/4 (t. XX, 4), p. 433-474.

⁸⁴⁸ Par exemple, une application de la *théorie de l'abus de droit* selon laquelle « les droits – en ce compris les droits de propriété intellectuelle – ne peuvent être exercés dans un but étranger à celui pour lequel le législateur les a conçus », cette théorie impliquant qu'« il est abusif d'user d'un droit dans l'intention de nuire ». On pourrait aussi envisager la mise en œuvre de la *théorie de l'apparence* selon laquelle « le déposant qui crée indûment l'impression que son invention est valablement brevetée (en ce qu'il a demandé et obtenu un brevet pour une invention en réalité non brevetable) serait amené à dédommager les tiers ayant souffert de ce monopole apparent dès lors que cette apparence lui est (partiellement) imputable, que les tiers victimes ont pu y croire de bonne foi et que ceci leur a causé préjudice (ce qui sera le cas dès lors qu'ils auront été écartés du marché) ». On pourrait également recourir à la *déchéance pour non usage* : « l'entreprise jouissant d'un brevet qu'elle n'exploite pas et refusant par ailleurs d'octroyer des licences pourrait, dans certains cas, se voir accusée d'abus de position dominante, voire tomber dans le champ de la théorie de l'accès aux facilités essentielles (...) sans préjudice de ces recours (par ailleurs souvent délicats à mettre en œuvre), il pourrait être plus simple d'insérer dans la loi sur les brevets une disposition prévoyant que les droits en résultant pourraient être déclarés éteints pour défaut d'usage si l'invention brevetée n'a pas été exploitée de façon normale, sans juste motif, pendant une durée à déterminer, ou si elle a cessé de l'être pendant cette même durée ». On pourrait encore offrir aux entreprises une *alternative à la protection par brevets*, par exemple en liant le classement des chercheurs et les financements publics à l'absence de brevets : *Ibidem*.

- Ces exceptions et mesures ont toute leur importance, mais elles ne suffisent pas aux yeux de nombreux acteurs et auteurs qui revendiquent, comme axe d'action primordial et prioritaire, le développement d'un régime juridique des biens communs visant à exclure certains objets matériels et immatériels, certains savoirs, certaines pratiques d'intérêt général des emprises des particuliers et à en assurer l'accès, la conservation et la possibilité de construire à partir d'eux. Dans une telle optique, les notions de *res communis*, de domaine public, de patrimoine commun de l'humanité, d'*open source* et de *commons* pourraient constituer des socles sur lesquels construire des dispositifs juridiques et pratiques multiples de protection de biens communs. Certains estiment ainsi qu'un régime juridique relatif aux *res communes* devrait être développé. D'autres que la notion de *commons* apporte également des solutions concrètes, d'une part via l'approche *open source* (dont les limites ont néanmoins été soulignées plus haut), d'autre part via l'ensemble des pratiques que l'on peut regrouper sous l'appellation de *commons* (dont les limites ont cependant également été soulignées), les *commons* devant toutefois, à terme, être reconnus par des structures publiques. Des auteurs (notamment David Bollier) ajoutent que, dans certains cas, une gestion des communs sous garantie publique serait à construire tant au niveau national qu'international, tandis que, dans d'autres cas, l'action publique, le statut administratif de bien public, améliorés, resteraient indispensables ;
- D'autres auteurs (Dardot et Laval) soulignent cependant, avec raison, que ce n'est pas la préservation de certains biens communs qu'il importe de viser, mais une révolution des valeurs, des systèmes de normes, de certaines institutions centrales, de l'économie et de la société par elle-même, une révolution fondée sur le principe philosophique et politique du commun à partir duquel construire des communs. Ce principe du commun n'est pas à leurs yeux l'équivalent abstrait d'un principe de solidarité, mais le principe politique de délibération par laquelle les hommes s'efforcent de déterminer ensemble le juste, la décision et l'action. Il s'agit du principe de recherche du bien commun, d'une démocratie refondée sur base de la participation, de l'auto-gouvernement local.⁸⁴⁹ Nous partageons totalement cette position, mais sans pour autant rejeter, comme le font Dardot et Laval, les propositions relatives à la construction de régimes de *res communes*, sous prétexte que ce projet n'impliquerait pas de révolution suffisamment radicale. En effet, certains principes dégagés par ceux qui défendent ce projet de construction de régimes de *res communes* méritent, selon nous, d'être retenus.

4) Recommandations politiques issues de ces conclusions

Quels seraient les grands principes des régimes relatifs aux *res communes* ?

Dans le domaine matériel

- Les libertés, besoins et droits fondamentaux justifieraient les *res communes* ;

⁸⁴⁹ Dardot et Laval, *op. cit.* p. 50, 107, 579, 580.

- Il s'agirait de biens qui ne pourraient être appropriés que par fragments, des biens que tous pourraient utiliser dans la mesure où cet usage n'épuiserait pas leur substance ;
- Dès lors, des règles relatives à l'accès aux *res communes*, à leurs usages, à leur gestion économique, à leur gestion écologique, à la répartition des avantages qui peuvent en être retirés, etc. devraient être instituées ;
- Pour chaque *res communis*, un « gardien » devrait gérer la mise en oeuvre de ces règles ;
- La responsabilité civile devrait pouvoir être engagée en cas d'atteinte à une *res communis* et un principe de réparation devrait être institué ;
- La possibilité d'agir en justice quand on est empêché de jouir d'une *res communis* par un tiers ou que celle-ci est significativement dégradée devrait être reconnue ;
- Des fonds pour la conservation des *res communes* devraient être établis. Certains proposent également la mise en place de fonds d'indemnisation ;
- Au niveau international, d'un point de vue conceptuel, ce régime rejoindrait celui du patrimoine commun de l'humanité (régime actuellement perverti, et dès lors à reconstruire, comme le montrera le chapitre 4).

De façon générale, dans le domaine immatériel

Ce régime des *res communes* prendrait la forme d'une définition positive du domaine public et de règles permettant d'en garantir la préservation et les conditions matérielles d'accès :

- Le domaine public serait réaffirmé comme la règle et la propriété intellectuelle comme l'exception ;
- Le domaine public serait défini comme un ensemble de pratiques culturelles ou scientifiques d'intérêt général, qui recouvre en outre le domaine du savoir déjà accessible.

Dans le domaine du droit d'auteur et du copyright

- Ce qui est dans le domaine public devrait demeurer dans le domaine public ;
- Les contrats et mesures techniques de protection qui restreignent l'accès et la réutilisation des œuvres du domaine public seraient interdits ;
- Toute tentative infondée ou trompeuse de s'approprier des œuvres du domaine public (*copyfraud*) devrait pouvoir être punie légalement ;
- Aucun autre droit de propriété intellectuelle ne pourrait être utilisé pour reconstituer une exclusivité sur des oeuvres du domaine public : en cas d'enchevêtrement de droits, le principe du domaine public primerait ;
- Des sanctions en cas d'atteinte à l'intégrité du domaine public devraient être instaurées ;
- Le domaine public volontaire serait rendu compatible avec le droit ;
- On éviterait au maximum les domaines publics payants.

Dans le domaine des brevets

Ce travail mérite d'être entrepris dans le domaine des brevets également puisque l'évolution du droit et des pratiques en matière de propriété intellectuelle aboutit à mettre dans le domaine privé des savoirs, des techniques et des ressources qui devraient être reconnus comme domaine public : extension de la durée de certains droits de propriété intellectuelle, extension des revendications des brevets, stratégies permettant de prolonger la durée de protection et de bloquer l'accès au domaine public, interprétations très larges des critères de brevetabilité (nouveau, inventivité, utilité) par les offices de brevet et par les cours de justice, interprétations restrictives concernant l'exemption de recherche ou l'octroi de licences obligatoires, pressions subies par tous les pays en faveur du durcissement du droit de la propriété intellectuelle, accès difficilement praticable pour les non spécialistes (et même par les spécialistes) aux bases de données de brevets afin de déterminer ce qui relève ou non du domaine public, etc. œuvrent en effet de concert en faveur de la confiscation de pans entiers du domaine public.

Nous proposerons dans un premier temps quelques principes très généraux relatifs à la façon dont devrait être défini le domaine public du droit des brevets, et nous tenterons par la suite d'étayer ces propositions au terme du chapitre 4 qui abordera la question des brevets dans le domaine végétal, celle des certificats d'obtention végétale et celle de la protection des savoirs traditionnels.

Comme nous l'avons écrit au sujet des choses communes, ce sont, dans nos sociétés, les libertés fondamentales, les besoins fondamentaux, les droits fondamentaux - liberté d'expression, liberté de la recherche, liberté de création, liberté du commerce et de l'industrie, droit du public à l'information et intérêts supérieurs des États, voire de l'humanité - qui fondent l'inappropriabilité des choses communes. Nous sommes par ailleurs parvenue à la conclusion que le domaine public de la propriété intellectuelle était à plus proprement parler un domaine commun et qu'il pouvait être rapproché du concept de choses communes.^{850 851} Prenant acte de leur valeur (sociale,

⁸⁵⁰ Sur ce point, S. Dussolier écrit : « la notion de *commons* et celle, plus juridique et technique de *res communes*, se rejoignent, en ce qui concerne le domaine public du moins sur deux traits essentiels : l'absence de propriété et la communauté de l'usage ». Plus loin, elle ajoute : « La notion de *commons* n'a en droit français que peu d'effets et n'est opératoire ni pour le législateur ni pour le juge. Quant à la chose commune, si le code civil renvoie à la notion de lois de police pour en réguler l'usage, en réalité, cela ne renvoie pas à grand-chose ». Elle conclut néanmoins : « Qualifier le domaine public de *commons* ou de choses communes n'est pas qu'une description vide, c'est une promesse. Une promesse qu'il faut remplir d'une certaine normativité qui ne réinstalle pas des prérogatives juridiques contradictoires avec l'essence du domaine public mais qui permette d'en garantir l'essence non exclusive, inclusive et collective. C'est juste une question d'imagination juridique » : S. Dussolier, *Pour un régime politique du domaine public*, 28/01/2015, <http://romainelubrique.org/pour-regime-positif-domaine-public-severine-dusollier>.

⁸⁵¹ Et même de la notion de patrimoine commun de l'humanité. En effet, selon l'UNESCO, le domaine public peut être vu comme un élément central du patrimoine culturel de l'humanité : UNESCO, *Projet de recommandation aux États membres sur la sauvegarde des œuvres du domaine public*, 1993, 27 C/40, conférence générale, 27^{ème} session; *Rapport sur les œuvres de l'esprit d'intérêt universel tombées dans le domaine public, considérées comme faisant partie du patrimoine commun de l'humanité*, Conférence générale de l'UNESCO, 1999, 30 C/56.

culturelle, scientifique) pour la collectivité ou d'intérêts collectifs majeurs, le droit pourrait donc déclarer certaines choses *res communes* ou domaine public pour que leur usage demeure commun à tous. On pourrait par conséquent en déduire un certain nombre de principes :

- Le caractère premier du domaine public par rapport à la propriété intellectuelle et, par conséquent, le caractère exceptionnel de la propriété intellectuelle par rapport au domaine public considéré comme la règle devraient être affirmés ;
- Tout élément de savoir ou de technique pouvant être revendiqué comme étant d'intérêt majeur pour la collectivité internationale, pour une collectivité nationale (voire pour une communauté plus restreinte, mais ce dernier principe sera discuté dans le chapitre 4) devrait pouvoir être déclaré comme appartenant au domaine public national ou international.⁸⁵² Le principe selon lequel le droit des brevets peut s'appliquer à tous les domaines de création et d'innovation sans discrimination, à l'origine de son développement exponentiel, doit être refusé. D'un point de vue politique, des distinctions entre domaines, tout comme au sein des différents domaines du savoir et de l'innovation peuvent parfaitement se justifier. La composition du domaine public est une question de choix politique : « Tout peut être bien commun dès qu'une communauté le décide » ;⁸⁵³
- Pour déjouer les pressions économiques et politiques exercées sur certains pays dans le cadre des négociations autour des accords bilatéraux et multilatéraux relatifs à la propriété intellectuelle, la délimitation du domaine public, les exclusions et exceptions à la brevetabilité devraient faire l'objet de délibérations démocratiques participatives et informées ;
- Toute atteinte à l'accessibilité d'un élément de savoir ou de technique pouvant être revendiqué comme étant d'intérêt majeur devrait pouvoir faire l'objet d'une action en justice lorsque cette atteinte est le fait d'un tiers revendiquant un droit de propriété intellectuelle : le droit national et international (voire communautaire : nous aborderons ce point dans le chapitre 4) jouerait ainsi son rôle de gardien du domaine public ;
- Par ailleurs, l'OMPI, l'UNESCO, les Etats et les collectivités, en tant que gardiens et promoteurs du domaine public, devraient mettre en œuvre des stratégies de conservation et d'accès aux éléments de savoir et de technique d'intérêt majeur ;
- Les notions d'invention et de découverte devraient être clarifiées ;
- Les durées de protection devraient être revues à la baisse ;
- Les tentatives frauduleuses d'appropriation du domaine public, les stratégies visant à prolonger la durée des droits ou à bloquer l'accès au domaine public devraient pouvoir faire l'objet de sanctions ;

⁸⁵² Le domaine public diffère d'un État à l'autre en fonction des législations, mais il fait également sens aujourd'hui de parler de *domaine public international*. Le statut des savoirs traditionnels et du matériel génétique sur lequel reposent ces savoirs eu égard au domaine public fera l'objet d'un examen dans le chapitre 4 car cette thématique pose des questions bien spécifiques.

⁸⁵³ Conférence de L. Maurel, *Propriété intellectuelle et biens communs de la connaissance*, 17/09/2015, retranscrite dans le Bulletin numérique des bibliothèques de France, le 20/10/2015, accessible sur http://bbf.enssib.fr/tour-d-horizon/propriete-intellectuelle-et-biens-communs-de-la-connaissance-dans-l-environnement-numerique_65467 (consulté le 13/12/2015).

- Les offices de brevet ne devraient plus être financés par les utilisateurs du système des brevets afin d’être en mesure de garantir un examen plus impartial des demandes ;
- Un tel programme requiert de nouvelles règles, mais aussi des conditions matérielles qui donnent effectivement accès aux ressources du domaine public.

La réalisation de ce programme nécessite une volonté politique : nous verrons dans les chapitres 3 et 4 si celle-ci est suffisamment présente pour donner lieu à de tels changements. A ce stade, on peut raisonnablement en douter, sachant le rôle des lobbies économiques dans la rédaction des législations sur la propriété intellectuelle. Comme le remarque un blogueur, de tout temps, en matière de stratégie militaire, le contrôle des positions éminentes a joué un rôle essentiel. Or les domaines publics mondiaux constituent des telles positions. On peut procéder à un parallélisme avec le début des temps modernes et l’appropriation de terres « nouvelles » réputées n’appartenir à personne donnant lieu à un partage du monde, à une nouvelle géographie qui induit des effets politiques globaux.⁸⁵⁴ Comme le confirme Hervé le Crosnier,⁸⁵⁵ « les questions de propriété intellectuelle, auparavant considérées comme relevant de la spécialité juridique et concernant le cercle professionnel restreint des activités de création ou d’innovation, sont en passe de devenir un thème majeur de géopolitique mondiale ».

Dans un tel contexte, susciter la volonté politique et l’action publique dans ce domaine apparaît comme un véritable défi. Seule une démocratie participative, des citoyens informés, impliqués et actifs, coproducteurs du droit et des institutions pourraient parvenir à de telles avancées : il serait naïf de les attendre passivement de l’État et des pouvoirs en place. C’est pour cette raison que les *commons* et la philosophie du *libre*, parce qu’ils sont mis en œuvre par des communautés de citoyens co-acteurs, co-usagers et co-producteurs sont, aux yeux de beaucoup, davantage porteurs d’espoir d’avancées possibles. Mais tout reste à reconstruire : la démocratie participative,⁸⁵⁶ les communs, le droit et les institutions.

⁸⁵⁴ Voir <http://queau.eu/post/2013/11/19/Le-bien-commun-mondial-et-les-soci%C3%A9t%C3%A9s-de-la-connaissance> (page consultée le 13/12/2015).

⁸⁵⁵ Mélanie Dulond de Rosnay et Hervé le Crosnier (dir.) (2013), *Propriété intellectuelle. Géopolitique et mondialisation*, Paris, CNRS Éditions, Coll. Les Essentiels d’Hermès, p. 12.

⁸⁵⁶ La démonstration exposée dans cette longue conclusion rejoint la critique de C. B. Macpherson selon laquelle l'individualisme possessif constitue un présupposé implicite du libéralisme. Pour Macpherson, l'individualisme possessif désigne « la tendance à considérer que l'individu n'est nullement redevable à la société de sa propre personne ou de ses capacités dont il est, au contraire, par essence, le propriétaire exclusif » (p. 556). Dans ce contexte, « la société se réduit à un ensemble d'individus libres et égaux, liés les uns aux autres en tant que propriétaires de leurs capacités et de ce que celles-ci leur a permis d'acquérir, bref à des rapports d'échange entre propriétaires. Quant à la société politique, elle n'est qu'un artifice destiné à protéger cette propriété et à maintenir l'ordre dans les rapports d'échange » (p. 19). Selon cet auteur, les postulats fondamentaux de l'individualisme possessif plongent leurs racines dans le terreau originel du libéralisme au XVII^{ème} siècle. Ces postulats continuent de s'appliquer aux sociétés de marché généralisé car ils en expriment certains aspects essentiels. Néanmoins, selon Macpherson, ils ne fonderaient plus le libéralisme politique, c'est-à-dire la démocratie libérale. En effet, le droit de vote n'est plus réservé, comme auparavant, à une classe possédante homogène partageant des mêmes intérêts : aujourd'hui, le suffrage universel est incapable d'assurer la cohésion politique de l'ensemble des électeurs car, en se développant, le marché a engendré une classe sociale capable de contester le marché lui-même et d'envisager son remplacement par un système économique et social entièrement différent. Certes, la classe possédante a su habilement conserver la réalité du pouvoir politique, mais cette habileté, qui relève de l'imposture politique, ne constitue pas une justification morale de la démocratie libérale. Pour Macpherson, on se trouve dès lors face à un dilemme : soit on rejette ces postulats de l'individualisme possessif au nom de la morale, mais on aboutit à une théorie qui n'a plus aucun rapport avec la réalité, soit on les conserve, mais on s'interdit par-là de jamais justifier la démocratie libérale. Pour cet auteur, une théorie politique de l'obligation envers un Etat se réclamant de la démocratie libérale est, dans une économie de marché, une impossibilité. Comment dès lors justifier une théorie de l'obligation politique, se demande cet auteur ? Ce serait possible en rejetant l'économie de marché et en trouvant une autre théorie de l'égalité entre les hommes. Or, justement, les bouleversements du monde susceptibles d'affecter l'humanité toute entière créent une nouvelle égalité dans l'insécurité. Dès lors apparaît la possibilité d'une nouvelle obligation politique rationnelle : nous ne pouvons plus élaborer une théorie politique démontrant que l'individu doit se soumettre à tel ou tel Etat national, mais il devrait être possible de démontrer, en vertu d'un degré élémentaire de rationalité, l'obligation de l'individu envers une autorité politique qui transcende les frontières nationales : C.B. Macpherson, *La théorie politique de l'individualisme possessif* (1962), Gallimard, 2004.

13. Bibliographie du chapitre

Ouvrages

Arnsperger C., Van Parijs P., *Ethique économique et sociale*, Ed. La Découverte, 2000.

Arnsperger C., Larrère C., Ladrière J., *Trois essais sur l'éthique économique et sociale*, INRA Editions, 2011.

Benasayag M., *Le mythe de l'individu*, La Découverte, 2004.

Bollier D., *La renaissance des communs*, Éditions Charles Léopold Mayer, 2014. Version numérique sur http://docs.eclm.fr/pdf_livre/364RenaissanceDesCommuns.pdf (consulté le 14/12/2015).

Boyle J., *The public domain: enclosing the commons of the mind*, 2008. Version numérique sur <http://thepublicdomain.org/thepublicdomain1.pdf> (consulté le 14/12/2015).

Breger T., *L'accès aux médicaments des pays en développement*, L'Harmattan, 2011. Bronzo N., *Propriété intellectuelle et droits fondamentaux*, Paris, L'Harmattan, 2007.

Buydens M., *La propriété intellectuelle : évolution historique et philosophique*, Bruxelles, Bruylant, 2012.

Caillaud E., *Les idées économiques de Condorcet*, New-York, Burt Franklin, 1908.

Chardeaux M.-A., *Les choses communes*, Ed. LGDJ, Collection Bibliothèque de droit privé, 2006.

Chevalier M., *Les Brevets d'invention examinés dans leurs rapports avec le principe de la liberté du travail et avec le principe de l'égalité des citoyens*, 1878. Version numérique sur <http://www.youscribe.com/catalogue/livres/savoirs/autres/les-brevets-d-invention-examines-dans-leurs-rapports-avec-le-principe-302120> (consulté le 14/12/2015).

Coke E., *Selected Writings of Sir Edward Coke*, vol. I, 1600. Version numérique sur *Online Library of Liberty*.

Condorcet N., *Des privilèges de la propriété littéraire*, in *Fragments sur la liberté de la presse* (1776), in *Œuvres de Condorcet*, Firmin Didot, 1847.

Coriat B. (dir.), *Le retour des communs. La crise de l'idéologie propriétaire*, Les Liens qui libèrent, 2015.

Dardot P., Laval C., *Commun. Essai sur la révolution au XXIème siècle*, Paris, La Découverte, 2014.

Diderot D., *Lettre sur le commerce de la librairie. Lettre historique et politique adressée à un magistrat sur le commerce de la librairie, son état ancien et actuel, ses règlements, ses privilèges, les permissions tacites, les censeurs, les colporteurs, le passage des ponts et autres objets relatifs à la police littéraire* (1763). Version numérique sur http://classiques.uqac.ca/classiques/Diderot_denis/lettre_commerce_livre/lettre_com_livres.pdf (consulté le 14/12/2015).

Diderot D., d'Alembert J., *Encyclopédie ou dictionnaire raisonné des sciences, des arts et des métiers*, Briasson, 1765, livre numérique Google.

Drahoš P., *A Philosophy of Intellectual Property*, Dartmouth, 1996.

Durkheim E., *Leçons de sociologie, physique des mœurs et du droit*, Publication de l'Université d'Istanbul, 1950.

Dusollier S., *Mapping the Public Domain in Intellectual Property: beyond the Metaphor of a Domain*, Working Paper (June 06), 30 p. (version numérique sur le site du CRIDS)

Dusollier S., *Draw me a public domain*, in Paul Torremans, *Copyright Law* (ouvrage collectif), Ed. Edward Elgar, Cheltenham, 2007, p. 161-184 (version numérique sur le site du CRIDS).

Dussolier S., *Le domaine public, garant de l'intérêt public en propriété intellectuelle*, in *L'intérêt général et l'accès à l'information en propriété intellectuelle* (ouvrage collectif), Bruylant, Bruxelles, 2008 (version numérique sur le site du CRIDS).

Dusollier S., *The public domain in intellectual property: beyond the metaphor of a domain*, in *Intellectual property and public domain* (ouvrage collectif), Icfai University Press p. 31-69, 2009 (version numérique sur le site du CRIDS). Edelman B., *Éléments pour une théorie marxiste du droit*, Éditions Maspero, 1973.

Flahaut F., *Le paradoxe de Robinson. Capitalisme et société*, Editions Mille et une nuits, 2005.

Gosseries A., *Intellectual Property and Theories of Justice* (edited with A. Marciano & A. Strowel), Basingstoke & N.Y, Palgrave MacMillan, 2008.

Hegel F., *Principes de la philosophie du droit* (1821), Paris, 1940, Gallimard.

Hess C. et Ostrom E. (éd.), *Understanding Knowledge as a Commons: From Theory to Practice*, The MIT Press, Cambridge, Massachusetts, 2007.

Illich I., *La convivialité*, Paris, Seuil, 1973.

Inf'OGM, *Droits de propriété intellectuelle et communs*, Université du Vivant, 2014.

Kant, *Qu'est-ce qu'un livre ? Textes de Kant et de Fichte traduits et présentés par Jocelyn Benoist*, PUF, 1995.

Kinsella N. S., *Against Intellectual Property*, Ludwig von Mises Institute, Auburn, 2008, version numérique sur https://mises.org/sites/default/files/Against%20Intellectual%20Property_2.pdf (consulté le 14/12/2015).

Latrive F., *Du bon usage de la piraterie: culture libre, science ouverte*, Exils Editeur, 2004.

Lessig L., *L'avenir des idées*, PUL, 2005.

Lessig L., *Culture libre*, 2004, traduction française de *Free Culture*, Penguin Press, 2004, version numérique en traduction française sur http://www.generationcyb.net/IMG/pdf/Culture_Libre-Lawrence_Lessig.pdf (consulté le 14/12/2015).

Locke J., *Traité du gouvernement civil*, 1690, traduction française de David Mazel en 1795 à partir de la 5ème édition de Londres en 1725, version numérique sur http://classiques.uqac.ca/classiques/locke_john/traite_du_gouvernement/traite_du_gouv_civil.pdf (consulté le 14/12/2015).

Macpherson C.B., *La théorie politique de l'individualisme possessif* (1962), Gallimard, 2004.

Marx K., *La question juive* (1843), version numérique sur www.marxists.org.

Marx K., *Les Manuscrits de 1844*, version numérique sur www.marxists.org.

Marx K., *La Sainte Famille* (1845), version numérique sur www.marxists.org.

Marx K., *Misère de la philosophie* (1846), version numérique sur www.marxists.org.

Marx K., *L'idéologie allemande* (1846), version numérique sur www.marxists.org.

Marx K., *Le Manifeste* (1848), version numérique sur www.marxists.org.

Marx K., *Introduction à la critique de l'économie politique* (1857), version numérique sur www.marxists.org.

Marx K., *Le Capital (livre I)* (1867), version numérique sur www.marxists.org.

Mill J.S., *Principes d'économie politique*, Paris, 1854, Guillaumin et Cie.

Mill J.S., *De la liberté*, Gallimard, 1990.

Nozick R., *Anarchie, État et utopie* (traduction française de *Anarchy, State and Utopia*, 1974), 1988, PUF.

Ostrom E., *La gouvernance des biens communs : Pour une nouvelle approche des ressources naturelles*, Commission Université Palais, 2010.

Proudhon P.-J., *Les majorats littéraires*, Bruxelles, Office de publicité, 1832, version digitalisée par Google.

Proudhon P.-J., *Qu'est-ce que la propriété ?* (1840), Librairie générale française, 2009.

Proudhon P.-J., *Théorie de la propriété*, in *Œuvres posthumes de P.-J. Proudhon*, Paris, Librairie internationale, 1866.

Rand A., *Patents and Copyrights*, in *Capitalism, The Unknown Ideal*, New York, New American Library, 1966.

Rothbard M., *Man, Economy and State*, Los Angeles, Nash, 1970. Chapitre 10 (*Monopoles et concurrence*) en version numérique traduite en français sur http://www.catallaxia.org/wiki/Murray_Rothbard:L%27Homme,_l%27%C3%A9conomie_et_l%27Etat_-_chapitre_10 (consulté le 14/12/2015).

Smith A., *La richesse des nations* (1776), Paris, Flammarion, 1991.

Stallman R., *Manifeste GNU*, version numérique en traduction française sur <http://www.gnu.org/gnu/manifesto.html> (consulté le 14/12/2015).

Van Parijs P., *Qu'est-ce qu'une société juste*, Seuil, 1991.

VECAM (ouvrage coordonné par), *Libres savoirs : les biens communs de la connaissance*, VECAM, Caen, C&F éd., 2011, version numérique sur <http://vecam.org/rubrique135.html> (consulté le 14/12/2015).

Vergara F., *Les fondements philosophiques du libéralisme*, La Découverte, 2002.

Articles scientifiques, thèses

Allain S., *Le champ des commons en question : perspectives croisées* (dossier), in *Natures Sciences Sociétés*, 4/2011 (Vol. 19), p. 379-381. Version numérique sur www.cairn.info/revue-natures-sciences-societes-2011-4-page-379.htm (consulté le 14/12/2015).

Baron C., Petit O., Romagny B., *Le courant des Common-Pool Resources : un bilan critique*, in T. Dahou, M. Elloumi F. Molle, M. Gassab et B. Romagny (dir.), *Pouvoirs, Sociétés et Nature au Sud de la Méditerranée, Paris/Tunis*, Editions INRAT/IRD/Karthala, 2011, pp. 29-51. Version numérique de l'article sur http://www.researchgate.net/profile/Olivier_Petit/publication/259296900_Le_courant_des_Common-Pool_Resources_un_bilan_critique/links/0deec52af4e76c5acf000000.pdf (consulté le 14/12/2015).

Boyle J., *A politics of intellectual property: environmentalism for the net*, in *Duke Law Journal*, 47, p. 87-116, 1997. Version numérique sur <http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1013&context=dlj> (consulté le 14/12/2015).

Boyle J., *The Second Enclosure Movement and the Construction of the Public Domain*, in *Law and Cont. Prob.* 33 (Winter/Spring 2003). Version numérique sur <http://www.law.duke.edu/pd/papers/boyle.pdf> (consulté le 14/12/2015).

Broca S., Coriat B., *Le logiciel libre et les commons*, prépublication/document de travail, 2015. Version numérique sur <https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-01174746> (consulté le 14/12/2015).

Calabresi S. and Price L., *Monopolies and the Constitution: A History of Crony Capitalism*, Faculty Working Papers, Paper 214, 2012. Version numérique sur <http://scholarlycommons.law.northwestern.edu/facultyworkingpapers/214> (consulté le 14/12/2015).

Coriat B., *La crise de l'idéologie propriétaire et le retour des commons* (interview), mai 2010, version numérique sur <http://www.contretemps.eu/interviews/crise-lideologie-proprietaire-retour-communs> (consulté le 14/12/2015).

Coriat B., *Le retour des commons*, in *Revue de la régulation*, 14, 2^e semestre, Autumn 2013. Version numérique sur <http://regulation.revues.org/10463> (consulté le 14/12/2015).

Coriat B., conférence-débat organisée par les Economistes atterrés autour du livre *Le retour des commons*, 20/05/2015, version numérique sur <http://chaires.org/2015/06/09/debat-autour-du-livre-le-retour-des-communs-coordonne-par-benjamin-coriat/> (consulté le 14/12/2015).

Coriat B., S. Broca, *Le libre et le commun*, Working Paper, 10/08/2015, version numérique sur http://www.researchgate.net/publication/280836795_Le_libre_et_le_commun (consulté le 14/12/2015).

Coriat B., *Qu'est-ce qu'un commun ? Quelles perspectives le mouvement des commons ouvre-t-il à l'alternative sociale ?*, in *Les possibles*, 5, hiver 2015. Version numérique sur <https://france.attac.org/nos-publications/les-possibles/numero-5-hiver-2015/dossier-les-biens-communs/article/qu-est-ce-qu-un-commun#nh2-11> (consulté le 14/12/2015).

Drahos P., *Biotechnology, patents, market and morality*, in *European Intellectual Property Review* 21, Sept. 1999.

Dussolier S., *L'intérêt public et l'accès au savoir dans la genèse et l'évolution de la propriété intellectuelle*, in *Cahiers marxistes*, issue 232, 2005 (version numérique sur le site du CRIDS).

Dussolier S., *Sharing Access to IP through Private Ordering*, in *Chicago-Kent Law Review*, 2007, p. 1391-1435 (version numérique sur le site du CRIDS).

Dussolier S., *Pour un régime politique du domaine public*, 28/01/2015, version numérique sur le site <http://romainelubrique.org/pour-regime-positif-domaine-public-severine-dusollier> (consulté le 14/12/2015).

Fujiwara M., *Diderot et le droit d'auteur avant la lettre : autour de la lettre sur le commerce de la librairie*, in *Revue d'histoire littéraire de la France*, vol. 105, 2005/1. Version numérique sur <https://www.cairn.info/revue-d-histoire-litteraire-de-la-france-2005-1-page-79.htm> (consulté le 14/12/2015).

Gajardo M., *Ivan Illich*, in *Perspectives : revue trimestrielle d'éducation comparée*, vol. XXIII, n° 3-4, Paris, UNESCO, 1993, en ligne sur http://www.ibe.unesco.org/fileadmin/user_upload/archive/publications/ThinkersPdf/illichf.PDF (consulté le 17/11/2015).

Hardin G., *The tragedy of the commons*, in *Science*, 13 December 1968, vol. 162, n. 3859, p. 1243-1248. Version numérique sur <https://www.sciencemag.org/content/162/3859/1243.full> (consulté le 14/12/2015).

Heller M. A., Eisenberg R. S., *Can patents deter innovation? The anticommons in biomedical research*, in *Science*, May 1998, vol. 280, n° 5364. Version numérique sur <https://www.sciencemag.org/content/280/5364/698.full> (consulté le 14/12/2015).

Hess C. et Ostrom E., *Ideas, artifacts and facilities: information as a common pool resources*, in *Law Contemp. Pblms*, 111, 2003.

Hugues J., *The Philosophy of Intellectual Property*, in *Georgetown Law Journal*, 77, 287, 1988, version numérique sur <http://www.justinhughes.net/docs/a-ip01.pdf>.

Laval C., *La nouvelle économie politique des communs : apports et limites*, Séance du séminaire *Du public au commun* du 9 mars 2011, in *Revue du MAUSS permanente*, 21 mars 2011, version numérique sur <http://www.journaldumauss.net/?La-nouvelle-economie-politique-des> (consulté le 14/12/2015).

Lemennicier B., *La propriété des inventions: propriété naturelle ou monopole?*, conférence du 15 mars 1995, version numérique sur <http://ladoc.ffii.fr/lemennicierbrevets.pdf> (consulté le 14/12/2015).

Maurel L., *Propriété intellectuelle et biens communs de la connaissance*, Conférence du 17/09/2015 retranscrite dans le *Bulletin numérique des bibliothèques de France*, le 20/10/2015 sur http://bbf.enssib.fr/tour-d-horizon/propriete-intellectuelle-et-biens-communs-de-la-connaissance-dans-l-environnement-numerique_65467 (consulté le 14/12/2015).

OMPI, *Étude exploratoire sur le droit d'auteur et les droits connexes et le domaine public*, 2010, par S. Dussolier, version numérique sur http://www.wipo.int/export/sites/www/ip-development/fr/agenda/pdf/scoping_study_cr.pdf (consulté le 14/12/2015).

OMPI, *Étude sur les brevets et le domaine public - Résumé*, 2012, document CDIP/8/INF/3REV2, 28 février 2012, version numérique sur le site de l'OMPI.

Poughon J.M., *L'individu, propriétaire de son corps ? Une réponse entre scholastique juridique et réalisme économique*, in *Revue l'Europe des libertés*, 11, 2005, version numérique sur http://leuropedeslibertes.u-strasbg.fr/article.php?id_article=100&id_rubrique=5 (consulté le 03/03/2016).

Sanou Tonssira, *Le domaine public en droit d'auteur*, Thèse, Université de Namur, Faculté de Droit, novembre 2015.

Vandeburie A., *De la définition de la domanialité et des utilisations économiques nouvelles des domaines public et privé*, Université Libre de Bruxelles, année académique 2003-2004 (travail d'étudiant non publié à notre connaissance).

PARTIE II : ASPECTS POLITIQUES ET ECONOMIQUES

CHAPITRE 3

Propriété intellectuelle, économie et projets de société

1. Controverses autour des justifications économiques de la propriété intellectuelle

Après avoir examiné les justifications économiques de la propriété intellectuelle, ce chapitre tentera de déterminer si cette dernière concourt ou non à des processus d'innovation⁸⁵⁷ qui s'inscrivent dans une perspective soutenable. Dans un premier temps, nous passerons en revue les théories de plusieurs économistes de référence dans le domaine étudié. Nous confronterons ensuite ces théories à plusieurs constats et critiques.

1) Comment les théories économiques dominantes justifient-elles la propriété intellectuelle?⁸⁵⁸

Théorie néoclassique et théorie de la croissance endogène

Pour Kenneth Arrow (1962)⁸⁵⁹ et la théorie économique standard, le brevet est un instrument d'exclusion des imitateurs. Selon Arrow, en effet, la connaissance, au sens d'information, possède les caractéristiques d'un bien public pur. Or l'imitation génère une baisse des incitations individuelles à investir dans les activités innovantes, ce qui est vu comme une défaillance de marché. Des arrangements institutionnels, comme les brevets et autres droits de propriété intellectuelle, permettent dès lors aux innovateurs de s'assurer un monopole partiel et

⁸⁵⁷ *L'invention*, définie comme la conception de nouveautés, se distingue de *l'innovation*, qu'il faut comprendre comme la mise sur le marché et/ou l'intégration dans le milieu social de ces inventions : N. Alter, *L'innovation ordinaire*, PUF, 2000, p. 7-8.

⁸⁵⁸ Dans le premier chapitre, nous avons étudié la position de certains économistes classiques (Smith, Mill) ; nous avons abordé la position de certains libertariens (Nozick, Rothbard), que l'on peut rapprocher de l'école autrichienne ; nous avons également exposé la pensée de Marx. Dans le développement qui suit, nous aborderons la position d'Arrow (théorie néoclassique), la théorie de la croissance endogène, ainsi que la position de North, économiste qui s'inscrit dans le courant néo-institutionnaliste (dont certains représentants sont considérés comme hétérodoxes).

⁸⁵⁹ Voir K. Arrow, *Economic welfare and the allocation of resources for inventions*, in R. Nelson (dir.), *The Rate and Direction of Inventive Activity: Economic and Social Factors*, Princeton University Press, 1962, p. 609-625. Arrow est l'un des fondateurs de l'économie néoclassique.

temporaire sur leurs innovations et de rétablir les incitations à innover. Néanmoins, même Arrow reconnaît que protéger les connaissances trop en amont conduit à créer des obstacles à l'innovation et que la limite à fixer entre ce qui peut faire l'objet d'un brevet et ce qui doit être exclu de la protection est une question décisive⁸⁶⁰.

Les travaux plus récents des économistes de la croissance endogène⁸⁶¹ s'attellent à montrer que la croissance économique résulte des facteurs internes à l'économie: les dépenses publiques d'éducation et de santé, l'infrastructure, les investissements dans la recherche, la recherche d'innovations lucratives par les innovateurs, les incitants tels que les brevets, etc. Ces facteurs endogènes de croissance produiraient des rendements croissants: plus le niveau initial de ce capital serait élevé, moins il serait coûteux de l'accroître⁸⁶². L'intervention de l'État serait donc légitime (en d'autres termes, la concurrence imparfaite serait nécessaire): il conviendrait de déterminer quelles ressources financières, matérielles, humaines et institutionnelles seraient à même de susciter et d'entretenir une dynamique de croissance économique et d'innovation.

Pour ces théoriciens de la croissance endogène, le brevet constitue un incitant fondamental à l'innovation. Ils reconnaissent que lorsque la connaissance est publique, elle se diffuse et accroît la probabilité d'idées nouvelles à venir : protéger l'ensemble des idées risquerait donc d'appauvrir la communauté et, pour cette raison, le financement de la recherche fondamentale doit rester public. Mais, pour ces théoriciens, l'appropriation au moyen de droits de propriété intellectuelle et les redevances auxquelles ceux-ci donnent lieu sont également considérées comme des incitants à la R&D⁸⁶³.

Ce courant économique considère l'invention comme la résultante d'un comportement rationnel de maximisation du profit au niveau individuel comme au niveau institutionnel. Mais ce n'est pas totalement exact: depuis la nuit des temps, de nombreux inventeurs ont été animés

⁸⁶⁰ G. Hollard et O. Sene, *Elinor Ostrom et la gouvernance économique*, in *Revue d'Économie Politique*, 2010, 120 (3), p.441-452.

⁸⁶¹ Ces théories sont désignées comme les *nouvelles théories de la croissance*.

⁸⁶² Selon P. Romer (voir notamment *Progrès technique endogène*, traduit dans *Annales d'économie et de statistiques*, n° 22, 1990), les idées auraient un rendement croissant, c'est-à-dire que l'importance du stock de connaissances faciliterait l'apparition d'idées nouvelles (cf. « Nous sommes assis sur des épaules de géants » attribué à Newton). Les idées mettent du temps et nécessitent des efforts pour émerger, mais par la suite, le produit qui en résulte peut être multiplié à moindre coût (l'exemple des CD ou des ordinateurs le montre bien). Pour P. Aghion et P. Howitt (voir, notamment, *Théorie de la croissance endogène*, Dunod, 2000), la théorie de la croissance endogène justifie l'intervention de l'État, notamment dans la recherche et dans la formation : il importerait en effet d'atteindre un certain seuil de capital humain, de technologie et d'infrastructure publique qui enclencherait la croissance endogène. L'aide publique au développement (dans l'infrastructure, l'enseignement,...) est également justifiée de cette manière. L'investissement dans la technologie serait donc une condition nécessaire, mais néanmoins non suffisante, de l'innovation et de la croissance. Le progrès technique ne naîtrait pas directement de l'investissement en capital : la liberté, le droit à l'initiative, par exemple, contribueraient à ce que la production ne stagne pas et à ce que l'investissement ne se fasse pas en vain.

⁸⁶³ D. Uzunidis, *L'innovation et l'économie contemporaine : Espaces cognitifs et territoriaux* (ouvrage collectif), de Boeck, 2004, p. 21-42 et p. 46-60.

d'autres motivations (par exemple, la création pour elle-même, le souci d'aider, de contribuer, le statut, la réputation, etc.).

Selon Karl Polanyi, le mobile du gain aurait rarement été reconnu comme un mobile valide dans l'histoire des sociétés humaines. Avant le 15^{ème} et 16^{ème} siècle (mercantilisme), mais plus exactement encore avant la Révolution industrielle et le bouleversement culturel qui l'accompagna⁸⁶⁴, le gain et le profit tirés de l'échange n'auraient jamais joué un rôle dominant dans l'économie humaine. Les penseurs du 19^{ème} siècle avaient présumé que, dans son activité économique, l'homme recherchait le profit ; pourtant, le penchant au troc que décrit Adam Smith ne serait « pas un penchant commun à tous les êtres humains dans leurs activités économiques, mais un penchant très peu fréquent »⁸⁶⁵ : c'est ce que révéleraient non seulement l'ethnologie, mais aussi l'histoire du commerce et des marchés. Les études sur les premières sociétés montreraient que, s'il existe une constante dans le comportement humain, c'est que l'homme agit de manière non pas à protéger son intérêt individuel à posséder des biens matériels, mais de manière à garantir sa position sociale, ses droits sociaux, ses avantages sociaux. Il a donc fallu, lors de la Révolution industrielle, que le mobile d'action des membres de la société soit modifié : le mobile du gain a dû se substituer à celui de la subsistance, et toutes les transactions sont devenues des transactions monétaires. Là où l'artisan était mû par l'orgueil qu'il tirait de l'exercice de son métier ou la satisfaction qu'apporte une bonne réputation, on s'attend depuis lors à ce que les humains se comportent de façon à gagner le plus d'argent possible. Mais ce comportement n'aurait rien de naturel ni de si évident⁸⁶⁶.

D'autres auteurs ont contesté le postulat de l'économie classique selon lequel la rationalité individuelle serait celle d'une maximisation du profit individuel. Elinor Ostrom, dont on a abordé la réflexion sur les *commons* dans le chapitre 2, a par exemple nuancé cette hypothèse. Pour elle, dans un contexte de concurrence ouverte, les comportements rationnels égoïstes resteraient dominants, mais dans les situations de dilemme social, les valeurs multiples des participants, qui peuvent aller de l'égoïsme rationnel à la confiance, la réciprocité et l'équité, pourraient conduire à des comportements coopératifs⁸⁶⁷. Ostrom ne rompt toutefois pas radicalement avec l'approche économique. Elle reste en effet dans le cadre de l'individualisme méthodologique⁸⁶⁸ et d'une

⁸⁶⁴ Aux 15^{ème} et 16^{ème} siècles, en effet, la vie économique restait entièrement réglementée par l'Etat pour contrer les dangers du monopole et de la concurrence. Ce qui fait dire à K. Polanyi, *La grande transformation*, Gallimard, 1983, p. 99-101, que le système économique restait submergé dans les relations sociales générales : les marchés n'étaient qu'un trait accessoire dans le cadre institutionnel que l'autorité sociale maîtrisait et réglementait plus que jamais.

⁸⁶⁵ K. Polanyi, *Ibidem*, p. 321.

⁸⁶⁶ *Ibidem*, p. 69 et p. 72-75.

⁸⁶⁷ O. Weinstein, *Comment comprendre les commons : Elinor Ostrom, la propriété et la nouvelle économie institutionnelle*, in *Revue de la régulation*, 14, automne 2013.

⁸⁶⁸ Ce choix de l'individualisme méthodologique lui a d'ailleurs été reproché car il empêche par exemple de comprendre les actions collectives à travers les mécanismes de pouvoir qui existent au sein des collectifs : C. Baron, O. Petit, B. Romagny, *Le courant des Common-Pool Resources : un bilan critique*, in T. Dahou, M. Elloumi F. Molle, M. Gassab et B. Romagny (dir.), *Pouvoirs, Sociétés et Nature au Sud de la Méditerranée*, Paris/Tunis, Editions INRAT/IRD/Karthala, 2011, p. 29-51.

théorie du choix rationnel « étendue » : elle parle de décisions et d'actions d'individus « approximativement rationnels » dans des situations complexes et incertaines⁸⁶⁹. Ainsi, pour Ostrom, comme pour la théorie économique standard, les individus prendraient la décision de coopérer et de s'inscrire ou non dans l'action collective suite à un arbitrage en termes de coûts et de bénéfices. Mais Ostrom prend ses distances par rapport à la vision économique standard lorsqu'elle montre que les individus ne sont pas isolés, qu'ils communiquent, qu'ils agissent dans un monde complexe et incertain et que le contexte social, culturel et institutionnel (par exemple les normes sociales d'une communauté) et l'histoire influent sur leurs comportements, ces différents facteurs modifiant leur forme de rationalité, permettant de dépasser la recherche individuelle de l'intérêt immédiat⁸⁷⁰. Certains commentateurs suggèrent même de lire les travaux d'Ostrom de la façon suivante : si les structures institutionnelles et sociales conditionnent les comportements, comme elle le montre d'une certaine façon, « ce n'est pas le comportement rationnel égoïste qui est à la base du développement des marchés, mais, au contraire, c'est le développement des rapports marchands qui a créé une « mentalité de marché », et la « prééminence des comportements calculateurs et égoïstes »⁸⁷¹. Cette approche plaide dès lors, soulignent ces mêmes commentateurs, pour la construction de normes sociales et institutionnelles favorisant des comportements différents. Néanmoins, ajoutent-ils, cela implique de s'éloigner, plus encore que ne l'a fait Ostrom, des approches économiques et institutionnelles actuelles.

Dénonçant lui aussi le postulat de la rationalité égoïste de l'individu comme moteur ultime de ses décisions économiques, David Bollier écrit : « Des systèmes entiers de droit et de politiques publiques ont été édifiés sur les principes d'égoïsme universel et de rationalité (...). Mais s'il ne s'agissait que d'une « histoire comme ça », une fable partiellement vraie, mais qui ne rend pas compte de toute la réalité empirique de la nature humaine ? Et si l'on pouvait démontrer que la coopération humaine, la réciprocité et toute une gamme de comportements non rationnels constituent dans l'évolution des forces tout aussi importantes que la « rationalité compétitive » et la « maximisation des utilités » ? Telle est la conclusion édifiante de nombreuses études récentes en sciences de l'évolution, dans des domaines aussi variés que la neurologie du cerveau, la génétique, la psychologie du développement et évolutionniste, la biologie, la sociologie organisationnelle et l'anthropologie comparative. Ces sciences confirment que la réciprocité sociale et la confiance sont des principes profondément enracinés de notre humanité. Ils pourraient même être codés génétiquement. (...) Les échanges sociaux réciproques sont au cœur de l'identité, de la communauté et de la culture humaines. Ils représentent une fonction biologique vitale qui aide l'espèce humaine à survivre et à évoluer »⁸⁷².

Pour en revenir au thème de l'innovation en lien avec cette question, on constate souvent que les étapes de la R&D sont tout sauf rationnellement et économiquement planifiables et que l'innovation, lorsqu'elle est au rendez-vous, peut résulter d'erreurs, de fausses routes,

⁸⁶⁹ O. Weinstein, *op. cit.*

⁸⁷⁰ C. Baron, O. Petit, B. Romagny, *op. cit.*

⁸⁷¹ O. Weinstein, *op. cit.*

⁸⁷² D. Bollier, *op. cit.*, p. 91.

d'incertitudes, de hasards, de coups de chance, d'applications tardives, fortuites ou exercées dans des domaines totalement différents du domaine de départ. Le hasard à l'origine de nombreuses découvertes et innovations et les aspirations désintéressées de nombreux chercheurs font que ces derniers peuvent avoir besoin de temps⁸⁷³ et d'une grande liberté d'exploration. En enfermant l'esprit des chercheurs et la conception même des structures de recherche dans des contraintes de temps, d'utilité, d'efficacité, d'opérationnalité et de profit, les régimes de propriété intellectuelle peuvent pervertir ces prérequis. On constate d'ailleurs que, dans certains secteurs, les méthodes d'innovation qui fonctionnent dans ce contexte de recherche ne s'avèrent actuellement plus aussi innovantes que ce qui était escompté⁸⁷⁴. La vision économique dominante néglige également le fait que les droits de propriété peuvent avoir plusieurs types d'effets : stimuler la recherche, l'accélérer, la spécialiser, mais aussi la ralentir (lorsque la poursuite d'un projet de recherche n'est pas permise en raison de ces droits de propriété intellectuelle) ou encore inciter à l'appropriation de ressources communes.

L'*open innovation* (innovation ouverte) et l'économie collaborative apportent également divers enseignements permettant de nuancer les postulats de la théorie néoclassique. Elles démontrent qu'il existe d'autres incitants à innover que l'incitation financière : le plaisir de collaborer, la satisfaction de contribuer, le jeu, la compétition ludique, la reconnaissance ou d'autres motivations intrinsèques aux individus. Et mettent en évidence que la collaboration, la mise en synergie et le partage d'information favorisent l'innovation. Ainsi, de plus en plus d'entreprises utilisent des modèles collaboratifs ou des modèles hybrides⁸⁷⁵.

Rappelons par ailleurs que, contrairement à ce que pourraient laisser penser les déclarations politiques sur cette question depuis trois décennies, les études empiriques montrent qu'il n'y a pas de consensus sur l'impact des brevets sur l'innovation⁸⁷⁶.

Enfin, des auteurs proposent de réfléchir non plus en termes d'incitants financiers à l'innovation et à la création (tels que les redevances liées aux brevets ou les monopoles provisoires qu'ils confèrent), mais en termes de *conditions propices à la créativité*. Dans cette optique, un revenu de base constituerait, selon certains auteurs, une condition permettant aux individus, de plus en plus nombreux à contribuer à la création, d'exercer, durant leur temps libre, leur créativité au profit de la société⁸⁷⁷.

Le courant néo-institutionnaliste

Parmi les théories économiques, le courant néo-institutionnaliste rappelle quant à lui que le comportement économique est déterminé, au-delà de la seule raison individuelle, par un jeu de forces culturelles et sociales. L'État définirait les règles du jeu, et les individus membres de groupes d'intérêts auraient la capacité de manipuler le système politico-économique. Pour

⁸⁷³ Comme le revendique par exemple le mouvement *Slow Science* (slow-science.org).

⁸⁷⁴ Comme l'illustrent les difficultés de l'industrie pharmaceutique à innover véritablement ces dernières années (cf. chapitre 1).

Douglas North⁸⁷⁸, les véritables causes de la croissance résideraient dans les incitations (c'est-à-dire les intérêts privés et collectifs) à mettre en place une organisation efficace de l'économie et de la société, et dans la capacité de cette dernière à générer des institutions qui fassent en sorte que le rendement privé soit égal au rendement social, l'institution positive par excellence étant, selon cette théorie, le droit de propriété⁸⁷⁹. Pour ce courant, les institutions sont « un ensemble de contraintes que les êtres humains imposent aux interactions humaines »⁸⁸⁰ ou « un ensemble de règles du jeu que les individus créent – le plus souvent via les systèmes de gouvernance – et avec lesquels ils interagissent dans le but d'atteindre des objectifs individuels ou collectifs »⁸⁸¹. L'idée directrice de l'institutionnalisme est donc que les modes de gouvernance des Etats, et

⁸⁷⁵ Certains auteurs comme Michel Bauwens ou Jeremy Rifkin pensent d'ailleurs que ces pratiques collaboratives vont révolutionner la productivité, développer la collaboration mondiale sur le plan des connaissances et modifier en profondeur, voire rendre soutenables les modèles économiques et sociaux : voir, par exemple, M. Bauwens, *Sauver le monde : vers une économie post-capitaliste avec le peer-to-peer*, Les liens qui libèrent, 2015 et J. Rifkin, *La nouvelle société du coût marginal zéro : l'internet des objets, l'émergence des communaux collaboratifs et l'éclipse du capitalisme*, Les liens qui libèrent, 2014. Néanmoins, si cette approche collaborative peut contribuer à une économie solidaire partageant librement les savoirs, il faut être conscient que cette évolution au sein des entreprises n'est en rien désintéressée et reste parfaitement compatible avec l'économie de marché et, notamment dans les entreprises des sciences de la vie, avec les brevets. Le modèle de l'*open innovation* tel qu'il a été promu par Henry Chesbrough dès 2003 (voir, par exemple, H. Chesbrough, *Open innovation: the new imperative for creating and profiting from technology*, HBS Press, 2003 ou H. Chesbrough, *New frontiers in open innovation*, Oxford, 2014) repose d'ailleurs sur une protection juridique forte au moyen de droits de propriété intellectuelle : chez cet auteur, ce sont les droits de propriété intellectuelle eux-mêmes qui conditionnent l'ouverture du modèle. Pour les entreprises, en effet, l'*open innovation* est un moyen de limiter les dépenses et de bénéficier à moindre frais des innovations générées par des acteurs externes, d'externaliser les risques inhérents à l'innovation et d'accélérer le développement des projets. Une entreprise peut ainsi pratiquer l'*open innovation* pour mieux valoriser les efforts d'innovation fournis en interne dont les résultats seront cédés ensuite sous forme de licence à une autre société (*open innovation inside-out* ou *outbound*) ou pour trouver auprès de contributeurs externes des connaissances, méthodes et technologies qui seront ensuite protégées par des droits de propriété intellectuelle (*open innovation outside-in* ou *inbound*). Sur ce point, un article éclairant montre que les entreprises doivent, selon Chesbrough, élaborer des *business models* autour des droits de propriété intellectuelle : plutôt que de conserver des brevets défensifs dormants, les entreprises peuvent vendre une partie de ces brevets à d'autres sociétés et acquérir des brevets extérieurs pour compléter leur R&D interne. Selon les auteurs, on constate que de nombreuses entreprises utilisent désormais de plus en plus le brevet à des fins monétaires et non plus exclusivement défensives : C. Ayerbe, V. Chanal, *Droits de propriété intellectuelle et innovation ouverte : les apports de Henry Chesbrough*, in *Management international*, volume 14, numéro 3, printemps 2010, p. 99-104.

⁸⁷⁶ Des articles récents font le point sur cette question : par exemple, B. H. Hall, D. Harhoff, *Recent research on the economics of patents*, National Bureau of Economic Research, Cambridge, Working Paper 17773, January 2012 ; D. Encouaca, *Le système des brevets : idées reçues et critiques*, in *Problèmes économiques*, nov. 2012 ; P. Belleflamme (professeur d'économie à l'UCL), *How efficient is the Patent System ?*, in Gosseries A., *op. cit.*, p. 210-229. S. V. Shifrin remet également en question cet argument des incitants: S. V. Shifrin, *The Incentives Argument for Intellectual Property Protection*, in Gosseries A., *op. cit.*, p. 94-105. Ainsi, plusieurs de ces auteurs rappellent que des enquêtes réalisées auprès de nombreux entrepreneurs ont montré qu'une majorité d'entre eux ne sont pas convaincus de l'intérêt du brevet pour protéger leur propriété intellectuelle, sauf dans certains secteurs spécifiques tels que, notamment, les secteurs pharmaceutique, biotechnologique, médical et chimique. Pourtant, paradoxalement, le nombre de brevets s'est accru dans tous les domaines ; cette croissance est évidemment la plus forte dans les domaines où le brevet est considéré comme plus efficace, comme les secteurs de la biotechnologie et des technologies de l'information et des communications, et particulièrement dans les grandes firmes. Mais ces mêmes études confirment que, dans les secteurs cités plus haut, de nombreux acteurs feraient un usage stratégique des brevets qui serait contraire aux objectifs initiaux du droit de la propriété intellectuelle. En effet, cette croissance générale du nombre de

particulièrement l'instauration de droits de propriété intellectuelle qui permettrait de générer connaissance et innovation, seraient déterminants pour la croissance⁸⁸².

Considérer que les droits de propriété et les droits de propriété intellectuelle rendent égaux le rendement privé et le rendement social nous paraît discutable.

C'est d'ailleurs de ce débat qu'est né le mouvement *open source* fondé sur une réinterprétation de la propriété intellectuelle et que se sont développées les pratiques contemporaines se réclamant de l'*open innovation*⁸⁸³.

De même, tout en utilisant un ensemble de concepts dérivés de l'économie institutionnelle et néo-institutionnelle⁸⁸⁴, Ostrom, par exemple, ne fait pas de l'institution de droits de propriété privée efficaces par l'État l'instrument privilégié de l'efficacité économique : elle montre

brevets déposés est attribuée à plusieurs facteurs : les brevets sont utilisés pour mesurer l'efficacité de la R&D, pour bloquer la concurrence, comme des atouts commerciaux ou pour constituer des portefeuilles de brevets utiles en cas d'innovations cumulatives séquentielles ou complémentaires (ce qui est particulièrement le cas dans les secteurs pharmaceutique et biotechnologique). Plusieurs remarques peuvent être faites sur ces points. Tout d'abord, ces explications montrent que c'est davantage comme des outils économiques stratégiques que comme des incitants à l'innovation qu'ils sont utilisés. Ensuite, les brevets ne sont que des instruments de mesure partiels et partiels de l'innovation : en effet, d'une part ils ne mesurent que les innovations brevetées, pas les autres ; d'autre part, certaines innovations brevetées ne seront pas exploitées ; enfin, de nombreux brevets ne sont pas valides au regard des critères de brevetabilité.

⁸⁷⁷ Voir, par exemple, Thierry Crouzet (une quarantaine de billets dans ce sens sur le blog de cet auteur) et Bernard Stiegler (par exemple, B. Stiegler, *L'emploi est mort. Vive le travail*, Fayard, 2015). Cette proposition fait toutefois débat.

⁸⁷⁸ Voir, notamment, D.C. North, *Institutions, institutional change and economic performance*, Cambridge University Press, 1990.

⁸⁷⁹ Dans la ligne de la théorie économique des droits de propriété formulée dans les années soixante dans la mouvance de Ronald Coase : voir R. Coase, *The Problem of Social Cost*, in *Journal of Law and Economics*, Vol. 3, Oct., 1960, p. 1-44 ; voir également, par exemple, H. Demsetz, *Toward a Theory of Property Rights*, in *The American Economic Review*, Vol. 57, No. 2, 1967, p. 347-359.

⁸⁸⁰ D.C. North, cité par D. Uzunidis, *op. cit.*, p. 54.

⁸⁸¹ D. Uzunidis, *Ibidem*, p. 54.

⁸⁸² *Ibidem*, p. 46-60; J-P Colin, *Regards sur l'institutionnalisme américain*, in *Cahiers des Sciences Humaines*, 26 (3), 1990, p. 365-377.

⁸⁸³ Qui n'exclut toutefois pas, dans certains cas, l'hybridation avec des droits de propriété intellectuelle.

⁸⁸⁴ Dans la mouvance de Coase, une bonne partie des auteurs néo-institutionnalistes considèrent la propriété, et en particulier la propriété privée, comme le fondement de l'ordre économique. En concevant la propriété, dans le cas des *commons*, comme un faisceau de droits dont les différents droits peuvent être attribués à des individus différents, Ostrom reste d'une certaine manière dans une perspective coasienne. Par ailleurs, comme Coase, Ostrom montre que, face à des échecs de marchés et des problèmes de coordination, des arrangements libres entre les parties peuvent conduire à un meilleur résultat que l'intervention publique. Chez Ostrom, ce sont les normes d'une communauté qui permettent, par leurs effets sur les comportements des individus, de parvenir à une auto-gouvernance efficace : O. Weinstein, *op. cit.*

également l'importance, à côté de la régulation du marché et de l'État, de l'institution autogouvernée de *commons* par des communautés de co-producteurs et de co-utilisateurs.

Pour suivre à nouveau la thèse de Polanyi, c'est *dans la mesure seulement* où l'ordre économique redeviendrait fonction de l'ordre social qui le contiendrait que l'on pourrait soutenir qu'une organisation efficace de l'économie va dans le sens des intérêts collectifs, car là se trouve le véritable intérêt de la collectivité. Comme l'expose cet auteur en guise d'exemple, on a pu constater, en Angleterre, au cœur de la révolution industrielle, une amélioration miraculeuse des instruments de production, accompagnée d'une dislocation catastrophique de la vie du peuple. Manifestement, il aurait fallu ralentir ce processus de changement non dirigé pour sauvegarder le bien-être de la collectivité. Mais cette préoccupation fut ébranlée, au 19^{ème} siècle, par un utilitarisme grossier et une confiance aveugle dans les vertus auto-cicatrisantes de la croissance. La révolution culturelle à l'œuvre à cette époque pourrait être comparée à une révolution sectaire dont le credo serait entièrement matérialiste et impliquerait que, moyennant une quantité illimitée de biens matériels, tous les problèmes humains peuvent être résolus⁸⁸⁵. Si des contre-mouvements collectivistes sont ensuite apparus, c'est parce que des intérêts sociaux vitaux étaient atteints par le mécanisme du marché en expansion⁸⁸⁶. A cette époque - comme à la nôtre -, il semble indiscutable que le rendement privé n'égalait pas le rendement social, et ce n'est justement pas l'institution de la propriété (du moins telle qu'elle était mise en œuvre), censée pousser les non propriétaires affamés à se mettre au service des propriétaires⁸⁸⁷, qui aurait pu faire en sorte que l'inverse soit vrai. La notion de rendement privé ne faisait d'ailleurs pas sens par le passé. Dans une société tribale, l'intérêt économique de l'individu l'emportait rarement : c'est la communauté, via des pratiques de redistribution, qui évitait à tous ses membres de mourir de faim (sauf en cas de catastrophe collective). Les ethnographes modernes s'accordent sur l'absence du mobile du gain, l'absence de toute institution séparée et distincte qui soit fondée sur des mobiles économiques⁸⁸⁸ : « en fait, le système économique était une simple fonction de l'organisation sociale »⁸⁸⁹.

Par conséquent, on peut rétorquer aux tenants du courant néo-institutionnaliste que la place privilégiée qu'ils accordent au droit de propriété privée et au droit de propriété intellectuelle ne serait finalement motivée que par la conviction, l'idéologie et les intérêts qu'ils partagent. Bien que le gouvernement de la société soit dit démocratique, les membres de la classe gouvernante qui influencent le régime politique en faveur du droit de propriété privée et du droit de propriété intellectuelle sont en réalité ceux qui se trouvent à l'origine ou qui ont un intérêt à soutenir le développement industriel et commercial. L'idée que le rendement privé pourrait, grâce à ces droits, être rendu égal au rendement social nous paraît dès lors hautement contestable : elle serait

⁸⁸⁵ K. Polanyi, *op. cit.*, p. 59-68.

⁸⁸⁶ *Ibidem*, p. 196.

⁸⁸⁷ Cette nouvelle philosophie qui forma la conscience du 19^{ème} siècle est explicitée chez K. Polanyi, *Ibidem*, p. 158-172.

⁸⁸⁸ *Ibidem*, p. 75-76.

⁸⁸⁹ *Ibidem*, p. 79.

historiquement fausse et ne serait que le produit d'une idéologie qui s'est à ce point imposée qu'elle forme aujourd'hui en grande partie le cœur de notre culture.

Ainsi, dans le domaine pharmaceutique par exemple, les brevets sont souvent justifiés par les investissements consentis par les entreprises. En effet, ce secteur se caractérise par des coûts de R&D énormes, des processus de R&D très longs, des incertitudes par rapport à l'approbation publique finale des nouveaux produits et une grande attente de la société. Le raisonnement utilisé est dès lors que, sans intervention publique, l'innovation pharmaceutique serait insuffisante d'un point de vue social. Mais cela signifie-t-il pour autant que le brevet est l'intervention appropriée ? En effet, les investissements peuvent être gaspillés, ne pas donner lieu à des innovations commercialisables et, surtout, ne pas donner lieu à des innovations socialement utiles ou plus utiles que ce qui existait déjà. C'est d'ailleurs un reproche formulé couramment depuis plusieurs années au secteur pharmaceutique : les réelles innovations baissent,⁸⁹⁰ tandis que les profits restent extrêmement élevés. Le chapitre 4 formulera des critiques tout aussi fortes à l'égard des entreprises semencières et de biotechnologie végétale.

En résumé, la propriété intellectuelle est justifiée, dans le cadre de ces courants dominants de la pensée économique, par sa contribution au progrès technologique⁸⁹¹. Nous ne chercherons pas, dans ce chapitre, à déterminer dans quelle mesure elle y contribue véritablement : nous raisonnerons différemment. En effet, malgré les objections que nous avons soulevées par rapport à cet argument, et bien que ce lien de causalité n'ait jamais été nettement démontré, nous partirons de ce postulat pour voir où il conduit. Si on admet, comme le soutiennent ces théories, que la propriété intellectuelle contribue, au moins dans certains secteurs, au progrès technique, on admet également qu'elle concourt en partie à en déterminer la forme actuelle (en effet, si la propriété intellectuelle est un incitant, elle incite évidemment à la mise au point d'innovations protégeables par des droits de propriété intellectuelle), et on est amené à se poser la question suivante: quelle est l'importance du progrès technologique généré de cette façon? Pour répondre à cette question, il convient d'examiner comment les théories économiques justifient cet impératif de progrès technologique.

2) Comment les théories économiques dominantes justifient-elles, depuis plus de 200 ans, l'impératif de progrès technologique?

Si l'on suit Jean-Baptiste Say, Frédéric Bastiat et de nombreux libéraux, le progrès technique augmente la productivité, réduit à terme les coûts de production; cette évolution se répercute sur le prix du produit qui sera consommé en plus grande quantité, conduisant à l'accroissement de la production et stimulant l'emploi.

⁸⁹⁰ Voir, notamment, les différents articles de M. Gagnon examinés dans le chapitre 1.

⁸⁹¹ L'ensemble des institutions et une impressionnante série d'ouvrages sur les thèmes de la propriété intellectuelle ou de l'innovation technologique promeuvent ce postulat.

Say

Ainsi, pour Say⁸⁹² (1767-1832), les machines seraient bénéfiques à l'ensemble de la société puisque, en libérant les hommes des travaux de subsistance, elles leur ont permis de faire progresser les beaux-arts et la connaissance. De même, le progrès technique bénéficierait aux entrepreneurs aussi longtemps que la concurrence ne ferait pas baisser les prix des produits au niveau des frais de production. A ce moment, ce seraient alors les consommateurs qui en bénéficieraient⁸⁹³. Les travailleurs, pour leur part, ne seraient défavorisés par le progrès technique que lors de l'introduction d'une nouvelle machine. Passée cette première phase, les machines contribueraient au contraire à l'emploi d'un grand nombre de travailleurs: l'introduction de la presse d'imprimerie, par exemple, a donné lieu à plus d'emploi dans l'imprimerie que ce qu'il n'y avait de copistes auparavant; de même, le travail du coton occupe plus de travailleurs qu'avant l'invention des machines à filer, etc.⁸⁹⁴

On peut répondre à l'argumentaire de Say que ces évolutions dépendent de l'évolution de la demande relative à ces produits. L'évolution de la demande dépend elle-même d'autres facteurs que de l'introduction de la technologie (elle dépend par exemple de la croissance démographique, de l'amélioration du niveau de vie, du niveau d'éducation dans le premier exemple mentionné, etc.)... La demande doit donc être soutenue par des stratégies (marketing) et des politiques appropriées (en matière de salaires, de répartition de bénéfices, de prix, de réduction du temps de travail, etc.)⁸⁹⁵. Que vaut cette théorie lorsque les facteurs dont dépend sa pertinence ne sont pas réunis ?

Bastiat⁸⁹⁶

Bastiat⁸⁹⁷ (1801-1850) tenait un raisonnement en grande partie analogue à celui de Say. Selon lui, l'inventeur tire un bénéfice de son innovation. Lorsque la concurrence le conduit à diminuer son prix de vente, le consommateur y gagnerait et, à travers lui, l'humanité toute entière, y compris les ouvriers. L'accroissement de la consommation consécutive à la baisse du prix du produit nécessiterait en effet d'accroître la production et générerait par conséquent des emplois. Cette augmentation de la consommation ne serait pas infinie, mais la baisse du prix d'un produit

⁸⁹² Voir J.-B. Say, *Cours d'économie politique, et autres essais*, GF Flammarion, 1996.

⁸⁹³ Au détriment, du coup, d'un grand nombre d'entrepreneurs.

⁸⁹⁴ D. Uzunidis, *op.cit.*, p. 34-35.

⁸⁹⁵ Or le renforcement de ces politiques n'est pas à l'ordre du jour dans la plupart des pays. Malgré tout, le message selon lequel nous devons générer du progrès technique pour susciter une relance et créer de l'emploi est, lui, plus que jamais unanime et d'actualité. Il faut donc en conclure que la recherche du progrès technique n'est en tout cas pas au service de l'objectif de plein-emploi.

⁸⁹⁶ Précurseur de l'école autrichienne d'économie, notamment.

⁸⁹⁷ Voir F. Bastiat, *Ce qu'on voit et ce qu'on ne voit pas, choix de sophismes et de pamphlets économiques*, Romillat, 2001 (édition originale 1854).

entraînerait, pour le consommateur, une économie qui bénéficierait à l'achat d'autres biens. Pour Bastiat, le chômage engendré se résoudrait par la migration des emplois vers d'autres activités⁸⁹⁸.

Cette conclusion revient à négliger beaucoup de phénomènes: la formation des individus, leurs capacités d'adaptation (âge, etc.), leur motivation à s'adapter, le manque de satisfaction personnelle que peut engendrer un emploi inapproprié ou dévalorisant, ou la pénurie d'emplois par rapport à la population qui souhaite être active, tous ces facteurs pouvant mener à freiner ce processus de reconversion.

Une réponse fort pertinente aux arguments de Say et de Bastiat peut, une nouvelle fois, être trouvée chez Polanyi, notamment à travers les développements et extraits suivants.

On s'est aperçu pour la première fois à la fin du 18^{ème} siècle que le boom commercial s'était accompagné d'une augmentation notable du chômage et d'une détresse croissante chez les pauvres. Lors de la Révolution industrielle en Angleterre, les effets sur le petit peuple furent terriblement destructeurs⁸⁹⁹. Jamais on n'attribua l'augmentation du nombre de pauvres à l'impact du commerce mondial et à la croissance générale d'un commerce fondé de plus en plus sur les manufactures. La division territoriale du travail aboutit pourtant à une grave désorganisation des métiers dans les villages et les villes, avec pour résultat une augmentation rapide du chômage. Les gens migraient vers les villes suivant la rumeur selon laquelle les salaires y étaient plus gros ou chassés de la terre par les clôtureurs, tandis qu'une migration de gens à la dérive se produisait en retour vers la campagne, avec pour conséquence un déracinement cumulatif de la population. Une grande partie des dégâts sociaux causés aux campagnes vint du commerce, notamment via la clôture des communaux et la confiscation de leurs droits d'usage⁹⁰⁰. A cela, on peut ajouter que le travailleur industriel de retour dans son village ne savait plus rien faire de ses mains⁹⁰¹.

Pour Ludwig von Mises (1881-1973, école autrichienne d'économie), les travailleurs, pour trouver du travail, devaient réduire leurs demandes, changer de domicile et d'occupation selon les exigences du marché. Le postulat de ce système était que le travail est une marchandise, et que ce

⁸⁹⁸ D. Uzunidis, *op.cit.*, p. 34-35.

⁸⁹⁹ Selon K. Polanyi, *op. cit.*, p. 112, la société aurait été anéantie s'il n'y avait eu des contre-mouvements protecteurs pour amortir l'action de ce mécanisme autodestructeur : on assista presque immédiatement à l'apparition des lois sur les fabriques, de la législation sociale et d'un mouvement ouvrier politique et syndical.

⁹⁰⁰ « La guerre contre les cottages, l'absorption de leurs jardins et de leurs terrains attenants, et la confiscation du droit d'usage des communaux privèrent l'industrie à domicile de ses deux principaux soutiens : les gains familiaux et l'arrière-plan agricole. Tant que l'industrie à domicile était complétée par les facilités et les commodités qu'apportaient un petit jardin, un bout de terre ou des droits de pâture, le travailleur ne dépendait pas entièrement de ses gains en argent : le champ de pommes de terre ou les oies à plumer, une vache ou même un âne dans les communaux faisaient toute la différence ; et les gains familiaux jouaient le rôle d'une espèce d'assurance contre le chômage. Il était inévitable que la rationalisation de l'agriculture déracinât le travailleur et mît en cause sa sécurité sociale » : K. Polanyi, *op. cit.*, p. 131-132.

⁹⁰¹ *Ibidem*, p. 127-132.

n'est pas à la marchandise de décider où elle sera mise en vente ou à quel usage elle servira !⁹⁰². Dans le même ordre d'idées, aider les chômeurs était vu, dans les années 1830, comme une mise en péril du marché du travail, et donc comme une violation des droits du peuple : après 1840, tous les libéraux estimaient que la démocratie du peuple mettait le capitalisme en danger. Dans les années 1930, la monnaie était menacée : la responsabilité de la crise fut attribuée aux salaires trop élevés et aux budgets déséquilibrés, ce qui mena à une réduction des services sociaux. Le postulat d'une monnaie saine avait un effet mutilant sur les lignes politiques favorables au peuple⁹⁰³.

C'est à cette époque en effet que naquit l'économie politique. Celle-ci considérait l'harmonie comme inhérente à l'économie, et les intérêts de l'individu et ceux de la communauté comme identiques. Sauf que cette harmonieuse autorégulation exigeait que l'individu respecte la loi économique, même si elle le détruisait ! Le conflit, sous la forme de la concurrence ou de la lutte des classes, fut lui aussi vu comme inhérent à l'économie, mais il était considéré comme le véhicule d'une harmonie plus profonde. Cet ensemble d'idées, rapidement devenu aussi incontestable qu'un événement naturel, pénétra notre culture⁹⁰⁴ : « Les savants proclamaient que l'on avait découvert une science qui ne laissait pas le moindre doute sur les lois qui gouvernent le monde des hommes. Ce fut sous l'autorité de ces lois que la compassion fut ôtée des cœurs et qu'une détermination stoïque à renoncer à la solidarité humaine au nom du plus grand bonheur du plus grand nombre acquit la dignité d'une religion séculière »⁹⁰⁵.

Inclure le travail dans le mécanisme du marché, c'était subordonner aux lois du marché la substance de la société elle-même : les êtres humains dont elle est faite⁹⁰⁶. En réalité, le travail n'est pas une marchandise. Pourtant, il est bien acheté et vendu sur le marché. « Comme l'organisation du travail n'est qu'un autre terme pour désigner les formes de vie des gens du peuple, cela veut dire que le développement du système du marché devait s'accompagner d'un changement dans l'organisation de la société elle-même. La société était devenue sur toute la ligne, un appendice du système économique »⁹⁰⁷. Or « Permettre au mécanisme du marché de diriger seul le sort des êtres humains (...) aurait pour résultat de détruire la société. Car la prétendue marchandise qui a nom « force de travail » ne peut être bousculée, employée à tort et à travers, ou même laissée inutilisée, sans que soit également affecté l'individu humain qui se trouve être le porteur de cette marchandise particulière. En disposant de la force de travail d'un homme, le système disposerait d'ailleurs de l'entité physique, psychologique et morale « homme » qui s'attache à cette force. Dépouillés de la couverture protectrice des institutions

⁹⁰² *Ibidem*, p. 236-237. Selon Polanyi, la protection sociale, qui a émergé en Angleterre et sur le continent pour contrer les effets négatifs du marché du travail a fait en sorte de préserver le caractère humain du travail par des réglementations, des lois sur les conditions de travail, etc.

⁹⁰³ *Ibidem*, p. 291-296.

⁹⁰⁴ *Ibidem*, p. 122-123.

⁹⁰⁵ *Ibidem*, p. 144.

⁹⁰⁶ *Ibidem*, p. 106.

⁹⁰⁷ *Ibidem*, p. 111.

culturelles, les êtres humains périraient, ainsi exposés à la société ; ils mourraient, victimes d'une désorganisation sociale aiguë, tués par le vice, la perversion, le crime et l'inanition (...) »⁹⁰⁸.

Et, de fait, de nombreux auteurs constataient, aussi bien pour les ouvriers de la ville que pour ceux de la campagne, « qu'ils sont à présent dans une situation infiniment plus dégradée et plus misérable qu'avant l'introduction de ces manufactures, du succès desquelles ils dépendent désormais pour leur pure et simple subsistance »⁹⁰⁹. Sur ce point, écrit Polanyi, on touche au fond de la question en mettant l'accent non pas sur les revenus, mais sur la dégradation et la misère. L'exploitation reste une problématique importante : il est vrai que, dans l'échange, l'ouvrier ne reçoit pas ce qui lui est dû. Mais l'exploitation n'est pas tout. Ce qui apparaît d'abord comme un problème économique est essentiellement un problème social : « un principe tout à fait défavorable au bonheur de l'individu et au bonheur général ravage son environnement social, son entourage, son prestige dans la communauté, son métier ; en un mot, ces rapports avec la nature et l'homme dans lesquels son existence économique était jusque-là encastrée »⁹¹⁰.

Car en effet, séparer le marché du travail des autres activités de la vie et le soumettre aux lois du marché, c'était anéantir une forme d'existence pour la remplacer par une organisation atomisée et individuelle. Les conséquences d'un marché du travail se sont manifestées jusque dans les pays colonisés : les institutions traditionnelles (qui empêchaient l'individu de mourir de faim, sauf si l'ensemble de la société était menacé) ont été détruites pour forcer les gens à gagner leur vie en vendant leur travail. La faim est devenue le seul moteur capable de pousser les gens au travail (car le mobile de gains supérieurs, d'ordre culturel, n'était pas suffisamment efficace). Pour pouvoir déclencher la faim, il a fallu détruire la société organique qui refusait de laisser l'individu mourir de faim⁹¹¹.

Ce n'est donc pas l'exploitation économique, mais la désintégration de l'environnement culturel de l'individu qui est la cause de la dégradation des conditions sociales, puis de la déchéance et du vide culturels. Sous le régime du féodalisme et de la communauté villageoise, la solidarité de clan et la réglementation du marché des céréales arrêtaient les famines ; mais sous le régime du marché, on ne peut pas empêcher les gens de mourir de faim en suivant les règles du jeu. La même chose s'est produite en Afrique, en Inde, chez les Indiens d'Amérique, etc. En Inde, sous les monopolistes, la situation avait été assez bien tenue en mains grâce à l'organisation des campagnes et la distribution gratuite des céréales ; avec la liberté et l'égalité des échanges, les Indiens ont péri par millions. Les besoins d'ordre économique ne peuvent pas remplir ce vide culturel. Mais l'existence d'une catastrophe sociale à l'époque de la révolution industrielle a été niée par des économistes pour laisser la place à l'économie du laissez-faire⁹¹².

⁹⁰⁸ *Ibidem*, p. 108-109.

⁹⁰⁹ *Ibidem*, p. 177.

⁹¹⁰ *Ibidem*, p. 177.

⁹¹¹ *Ibidem*, p. 220-222.

⁹¹² *Ibidem*, p. 212-222.

Cette étude historique de Polanyi rend donc caducs les optimistes raisonnements « mécanistes » de Say et de Bastiat

La théorie néoclassique et Solow

La théorie néoclassique⁹¹³ a, pour sa part, longtemps négligé le rôle de la technologie parmi les facteurs de production et de croissance. Ainsi, chez Walras, la croissance n'est pas expliquée par la technologie. En 1956, Solow⁹¹⁴ met en évidence les deux sources de la croissance, selon lui: l'augmentation de la dotation de facteurs de production (le capital physique et le capital humain) et la productivité totale des facteurs de production. Il ajoute parmi les facteurs de production (en plus du travail et du capital), le progrès technique. Ce progrès technique est censé accroître l'efficacité productive des deux autres facteurs. En effet, les rendements liés à l'investissement étant décroissants, le progrès technique doit améliorer continuellement la technologie afin d'éliminer l'effet des rendements décroissants en augmentant la productivité du travail.

Remarquons toutefois que le modèle de Solow n'explique pas le ralentissement de la croissance malgré le progrès technique.

En résumé, la recherche du progrès technique est justifiée chez ces économistes par sa contribution à la croissance de l'économie. Or la croissance indéfinie de l'économie, et plus largement le modèle économique des entreprises ou des États qui vise la croissance (sans pour autant toujours l'atteindre), sont de plus en plus considérés comme non soutenables sur le plan environnemental et sur le plan social. Le progrès technique, au service de la course à la compétitivité et accusé par certains de générer du chômage (pour ne pas évoquer ici - mais nous le ferons plus loin - ses impacts environnementaux), concourrait à cette non-soutenabilité. Il importe donc de se poser, à la suite de certains économistes, et non des moindres, cette question fondamentale: le progrès technique, poursuivi dans une optique de croissance et encouragé notamment par les politiques de propriété intellectuelle, concourt-il effectivement au chômage? Faut-il considérer ce « chômage technologique » - c'est-à-dire le chômage consécutif au progrès technique - comme un moment difficile mais transitoire, ou comme une situation appelée à se développer et, dans ce cas, comme un processus fondamentalement non soutenable? Dans ce second cas de figure, ne conviendrait-il pas alors d'encourager un progrès technique différent (moins destructeur sur le plan social et environnemental) et, pour ce faire, ne faudrait-il pas le susciter d'une autre façon que, notamment, via des politiques de propriété intellectuelle?

⁹¹³ Notamment illustrée par Léon Walras (1834-1918), Vilfredo Pareto (1848-1923), Alfred Marshall (1842-1924).

⁹¹⁴ Voir R.M. Solow, *A contribution to economic growth theory*, in *Quarterly journal of economics and statistics*, vol. 70, 1956; R.M. Solow, *Technical change and the aggregate production function*, in *Review of economics and statistics*, n° 38, 1957, p. 312-320.

3) Le progrès technique induit-il un chômage structurel durable?

Sur la base des analyses qu'ils ont menées concernant l'impact du progrès technique sur les individus, Sophie Boutillier classe les grands penseurs modernes de l'économie en optimistes et pessimistes. Malthus, Ricardo, Sismondi, Marx, Proudhon font ainsi figure à ses yeux de pessimistes, dans le sens où ils se focaliseraient sur les travailleurs mis au chômage par le progrès technique, privés de moyens de subsister et alimentant la misère de leur temps. Say, Bastiat et de nombreux libéraux se retrouvent, quant à eux, classés dans la catégorie des optimistes⁹¹⁵.

Ricardo

La conception ricardienne du progrès technique a évolué au fil du temps. Ricardo⁹¹⁶ (1772-1823) fut dans un premier temps favorable au progrès technique, estimant que des mécanismes garantiraient la redistribution du pouvoir d'achat supplémentaire créé grâce à la diminution des coûts de production. Il pensait également que les entrepreneurs à l'origine d'une innovation tireraient bénéfice du monopole (provisoire) que celle-ci leur procurerait. Au lieu de cela, il fut témoin de la misère et du chômage qui augmentèrent considérablement au cours du 19^{ème} siècle! Il recommanda néanmoins de ne pas décourager l'usage des technologies, sous peine de conduire les entrepreneurs à investir à l'étranger. Or, il craignait que la fuite de capitaux ne décourage davantage encore que les machines la demande de travail (les technologies nécessitant malgré tout une assistance humaine)^{917 918}.

Marx

Dans la société décrite par Marx (1818-1883), les sciences sont mises au service du capital; l'invention devient un métier; la taille des entreprises augmente car seules les grandes entreprises peuvent collecter des capitaux afin de financer leurs investissements ; ce n'est plus

⁹¹⁵ D. Uzunidis, *op. cit.*, p. 21-41.

⁹¹⁶ Voir D. Ricardo, *Des principes de l'économie politique et de l'impôt*, GF Flammarion, 1992 (édition anglaise 1821).

⁹¹⁷ D. Uzunidis, *op. cit.*, p. 31-32.

⁹¹⁸ On remarquera que le discours de certains partis ou de représentants de fédérations d'entreprises persiste à considérer les travailleurs mis au chômage en raison de « l'évolution de l'économie » comme un mal nécessaire et inévitable, jugeant que « la vraie misère » surviendrait si, trop taxés (mesure jugée idéologique et improductive), les entreprises et les hauts revenus faisaient partir leurs capitaux et investissaient à l'étranger. Or cette analyse est un peu courte. Elle ne met pas le doigt sur les véritables causes de ce processus: « l'évolution de l'économie » étant une façon déterministe, comme si on ne pouvait rien y changer, de caractériser en réalité des phénomènes de délocalisation (la mondialisation déréglementée de l'économie étant donc bien en cause), des investissements plus faibles dans la production (une grande partie des revenus provenant des mouvements sur les marchés financiers, la mondialisation de la finance étant donc elle aussi en cause), et une captation de plus en plus importante des bénéfices par les dirigeants et actionnaires au détriment des travailleurs et du réinvestissement. C'est donc un défaut de réglementation et de protection des intérêts des travailleurs nationaux qui se trouve à l'origine de cette évolution. Nous développerons ces différents points ci-dessous.

l'habileté de l'ouvrier, mais l'application technologique de la science qui constitue la force productive cruciale⁹¹⁹. Pour Marx, comme pour les autres économistes « pessimistes » vis-à-vis des impacts à court-terme du progrès, l'innovation technique est considérée comme préjudiciable à la classe ouvrière qui perd ses moyens de survie, et même à certains capitalistes (ceux qui sont incapables de soutenir la concurrence et de suivre le rythme du progrès sont exclus du marché). L'activité de l'ouvrier se voit appropriée par la machine; la puissance du travail de l'individu s'en trouve dévalorisée: Marx parle d'« appropriation du travail vivant par le capital ». Le travailleur devient un simple rouage d'une machine qui semble de plus en plus en mesure de travailler seule: l'aliénation de l'ouvrier serait ainsi totale. Ceux qui ne conservent pas leur emploi rejoindraient « l'armée industrielle de réserve » des travailleurs sans emplois, voués à une misère croissante. La concurrence conduirait les capitalistes à négliger les prolétaires, dont à long-terme dépendent pourtant leurs profits; à court-terme, l'entrepreneur serait contraint de suivre ce mouvement, sous peine de faillite. La domination politique exercée par l'économie capitaliste serait ainsi totalement réalisée. Marx reconnaît que, dans un premier temps, la production mécanisée augmente la plus-value relative et conduit à la baisse du prix des produits. Mais si le chômage se développe, comme le prédit son analyse, par quel canal se créeront les revenus si les ouvriers au chômage ne consomment pas? Pour Marx, le capitalisme, au cours de son évolution, élimine donc ses propres prémisses (un niveau d'emploi nécessaire à une consommation de masse)⁹²⁰. Selon lui, le progrès technique alimente la crise⁹²¹.

Schumpeter

Selon la théorie de la *creative destruction* de Schumpeter⁹²² (1883-1950), l'innovation détruit les produits, les techniques et les marchés obsolètes et en crée de nouveaux; cette évolution crée un *chômage technologique*, mais les nouvelles activités suscitent de nouveaux emplois. Schumpeter a contribué à lier l'économie à d'autres disciplines (statistique, histoire, sociologie), rompant ainsi avec la méthodologie néoclassique. Il aménage la théorie (marginaliste) de l'équilibre économique de Walras qu'il considère comme incapable de rendre compte de

⁹¹⁹ D. Howard, *Marx. Aux origines de la pensée critique*, Michalon, 2001, p. 111.

⁹²⁰ Marx fait pourtant souvent l'éloge du processus civilisateur introduit par le capitalisme (par comparaison avec le féodalisme). Et bien que l'analyse qu'il conduit révèle que celui-ci s'avère préjudiciable à beaucoup, il considère cette évolution comme souhaitable, car elle contribue, selon lui, à mener l'humanité vers le socialisme, puis vers le communisme. Il pensait en effet que des crises (de surproduction ou de sous-consommation) se produiraient de plus en plus fréquemment et conduiraient à la révolution. Il critique la prétention de l'économie capitaliste à se substituer au politique et invite à concevoir une société reposant sur une autre logique, une société qui ne serait plus fondée sur la propriété privée des moyens de production, ni sur le marché. Certains lui ont attribué une théorie de l'effondrement économique nécessaire du capitalisme; d'autres le démentent. Marx expose, en tout cas, la raison pour laquelle le dépassement de la société marchande est possible et nécessaire: D. Howard, *op. cit.*

⁹²¹ Voir K. Marx, *Le Capital* (1948), Flammarion, 1985; *Encyclopédie thématique*, Paris, Encyclopaedia Universalis, 2005, article *Marx*; D. Howard, *op. cit.*; D. Uzunidis, *op. cit.*, p. 32-37.

⁹²² Voir J. A. Schumpeter, *Théorie de l'évolution économique*, Payot, 1935; J. A. Schumpeter, *Histoire de l'analyse économique*, Gallimard, 1954; J. A. Schumpeter, *Capitalisme, socialisme et démocratie*, Payot, 1979.

l'évolution du système économique, de ses fluctuations et de sa croissance. Il y oppose une conception dynamique qui permet d'expliquer certaines lois du changement. Pour ce faire, il introduit l'entrepreneur, moteur du développement économique par le biais du progrès technologique : pour financer l'innovation, l'entrepreneur est en effet conduit à emprunter, provoquant de la part des banques une création monétaire. Du capital est généré, rémunéré par l'intérêt, payé grâce aux profits dégagés par l'innovation. A partir de l'innovation, Schumpeter explique l'alternance cyclique des phases de prospérité et de dépression. Les innovations en suscitent d'autres (*grappes d'innovations*) qui déclenchent l'expansion économique: la croissance correspond à ces phases d'expansion. Lorsque cette expansion épuise ses effets et rencontre des obstacles, une crise suit, puis une dépression. Les innovations, ainsi que leurs effets étant d'importance variable, plusieurs cycles coexistent. Selon lui, la croissance est toujours cyclique: chaque cycle est particulier et lié à des causes spécifiques. Schumpeter retrouve également des préoccupations marxistes: le capitalisme ne serait pas viable, non, selon lui, pour quelque motif économique, mais en raison de contradictions sociales. Schumpeter prédit ainsi que la concentration croissante ne peut que générer de l'hostilité à l'encontre des grandes entreprises en raison d'une évolution tant sociologique (la bourgeoisie perd sa mainmise sur les entreprises) qu'idéologique (une classe plus nombreuse d'intellectuels insatisfaits est amenée à se développer) qui ne peut conduire qu'au socialisme. Schumpeter est donc un auteur hétérodoxe qui prend appui sur la théorie néoclassique. Il est libéral puisqu'il insiste sur l'individualité de l'entrepreneur dont l'anticonformisme est à terme facteur de changement social. Il ne croit plus guère à l'idée de concurrence pure et parfaite puisque l'innovation provoque des monopoles temporaires, et ce sont justement ces imperfections de la concurrence qui, selon lui, permettent le progrès dans l'économie de marché. Sa crainte était que les grandes firmes qui disposent du capital nécessaire à l'investissement dans la recherche-développement perdent cet anticonformisme qui rend si précieux l'innovateur individuel...⁹²³

Depuis Marx, un grand nombre d'économistes, de sociologues, de philosophes ont dénoncé la croissance d'un chômage structurel lié au progrès technique⁹²⁴. Le progrès technique se traduit en effet par une modification de l'activité économique: certains domaines d'activités déclinent, d'autres émergent et se développent. En cas d'accélération brutale, ce progrès conduit à un chômage d'inadaptation. A court-terme, le progrès technique occasionne donc incontestablement du chômage: les économistes sont unanimes sur ce point. A long-terme, certains soutiennent qu'il y aurait compensation et création d'emploi. Pour que cela concerne les mêmes individus, il faut néanmoins que la main d'œuvre libérée dans un secteur puisse être réemployée dans un autre, ce qui pose le problème de la (re)qualification. A court-terme, au niveau individuel, ce n'est pas une chose simple, et elle n'est pas aisée non plus à mettre en œuvre au niveau institutionnel. A long-terme, au niveau collectif, pour qu'il y ait déversement de la main d'œuvre « libérée » vers les secteurs émergents, plusieurs conditions sont nécessaires : il faut pour

⁹²³ D. Uzunidis, *op.cit.*, p. 33-42 et 65-68 ; *Encyclopédie thématique*, Paris, Encyclopaediae Universalis, 2005, article *Schumpeter*.

⁹²⁴ Pour Jean-Pierre Dupuy, « on a beau répéter qu'il est absurde de refuser le progrès au nom de l'emploi, on ne se débarrasse pas de cette contradiction aussi facilement » : J.-P. Dupuy, *Ordres et désordres. Enquête sur un nouveau paradigme*, Seuil 1990, p. 30.

cela une demande vers de nouveaux biens et il faut, de façon générale, une croissance forte, sans quoi les gains de productivité se traduiront par du chômage; il faut, comme on l'a souligné plus haut, que la main d'œuvre soit capable de se reconvertir ou que d'autres individus soient formés aux nouvelles technologies⁹²⁵. Certains soutiennent que le chômage n'augmente pas sensiblement, ce qui confirmerait la théorie du *déversement*. Ce n'est pas la position que soutiennent, parmi de nombreux autres auteurs, Jérémy Rifkin, dont nous présenterons dans un premier temps les conclusions, et André Gorz, que nous aborderons plus loin, et ce n'est en rien la situation que suggèrent les chiffres du chômage⁹²⁶.

Rifkin

En 1995 déjà, Jeremy Rifkin⁹²⁷ faisait le constat suivant. La productivité a fait des bonds énormes grâce à l'automatisation et la réorganisation du travail. Mais dans le même temps, le niveau de chômage a atteint dans le monde son niveau le plus haut. Des millions de gens sont sans emploi ou sous-employés. Pour Rifkin, la substitution massive des machines aux travailleurs est une des causes à l'origine de cette situation. Dans un souci de croissance de la productivité et des bénéfices, et dans un contexte où les charges sociales augmentent et où le coût salarial est considéré comme trop important, le travail humain est de plus en plus éliminé du processus de production par la technologie (machines, ordinateurs). Pourtant, il est périodiquement question de « relance », mais une relance manifestement sans emploi, qui laisse nombre de gens perplexes. Des emplois sont créés, mais nombre d'entre eux sont des emplois précaires et à bas salaire. Par le passé, chaque fois que de nouvelles technologies avaient remplacé des travailleurs dans un secteur particulier, de nouvelles branches avaient émergé pour absorber les ouvriers mis à l'écart. Mais en 1995, constate Rifkin, les trois secteurs traditionnels (agriculture, production industrielle, services) envoient des millions de gens au chômage. L'évolution est la même dans la plupart des secteurs de production (automobile, acier, ...). Tandis que des milliers d'ouvriers perdent leur emploi, on fait mine de croire que le secteur tertiaire devrait les absorber, alors que l'automatisation et la réorganisation du travail via les nouvelles technologies informationnelles touchent ce secteur également. Ce n'est donc pas le secteur tertiaire qui pourra absorber les « cols bleus » mis au vestiaire dans les autres secteurs de la production. Le seul secteur émergent à cette époque est celui du savoir, un secteur constitué d'une petite élite d'innovateurs industriels, de scientifiques, de techniciens, d'informaticiens, d'intellectuels, d'enseignants et de consultants, qui grandit, mais qui ne peut avoir vocation à absorber les centaines de milliers de chômeurs mis au placard par les innovations technologiques des sciences de l'information et de la communication. On oublie en effet de reconnaître que les nouveaux produits (réseaux informatiques, biotechnologies...) nécessitent moins de travailleurs. Le caractère très capitalistique de ces

⁹²⁵ *Prospective 2020*, in *Convergences* (la publication de l'Observatoire régional emploi-Formation Poitou-Charentes), n° 39, nov. 2011, p. 4.

⁹²⁶ Voir, par exemple, les données de la Banque mondiale sur base des indicateurs de l'OIT à la page <http://wdi.worldbank.org/table/2.5>.

⁹²⁷ Le développement qui suit est une synthèse de l'ouvrage de J. Rifkin, *La fin du travail*, Ed. La Découverte, Paris, 1996.

activités fait qu'elles nécessitent relativement peu d'emplois. Le nombre de ces travailleurs du savoir est appelé à augmenter, prédit Rifkin, mais restera faible par rapport à celui des travailleurs écartés par les progrès technologiques. L'avenir semble en effet plutôt sombre sur ce point puisque une étude réalisée dans le cadre du Forum de Davos prévoit que la diffusion de robots intelligents devrait aboutir, sur les cinq ans qui viennent, à supprimer près de 7,1 millions d'emplois et à en créer seulement 2 millions, soit une perte nette de 5 millions⁹²⁸.

On soutient donc que la disparition des anciens secteurs/produits laisse la place à de nouveaux, que les innovations technologiques créent autant d'emplois qu'elles n'en détruisent. Mais il s'agit manifestement d'un mythe: le taux de chômage dans les années 50 était de 4,5%; de 4,8% dans les années 60; de 6,2% dans les années 70; de 7,3% dans les années 80...⁹²⁹ Les économistes ont peu à peu modifié leur définition du plein emploi: équivalent à 3% de chômage dans les années 50; à 4% dans les années 60; à 5% dans les années 80... La hausse du chômage se révèle pire encore quand on y intègre les travailleurs à temps partiel qui souhaitent un temps plein, et les découragés qui ont renoncé à chercher un emploi. Quant aux statistiques des emplois créés, elles englobent également, sans les distinguer, les emplois à temps partiel et les emplois dans les branches à bas salaires.

On se trouve ainsi devant deux forces potentiellement conflictuelles: une élite qui contrôle les technologies et les forces productives et une masse croissante de travailleurs qui n'a que peu d'espoir de trouver un travail porteur de sens, et dont un certain nombre trouvent un revenu dans la délinquance: cette situation, avertit Rifkin, a beaucoup de chances de déboucher sur une crise sociale et politique planétaire...⁹³⁰

L'idée que les améliorations de la productivité finissent par « filtrer » jusqu'aux travailleurs sous la forme de marchandises moins chères, d'un pouvoir d'achat supérieur et de plus d'emplois correspond à la théorie de l'*effet de percolation*. Comme on l'a dit ci-dessus, Marx répondit à cette théorie qu'en substituant les machines au travail humain, les capitalistes creusaient leur propre tombe, les consommateurs étant de moins en moins nombreux à disposer d'un pouvoir d'achat suffisant pour acquérir les produits. Car moins de travailleurs signifie moins de pouvoir d'achat, même si cette tendance a été combattue par la hausse des crédits à la consommation. Certains répondent que, dans nos pays, la demande augmente, le niveau de vie des plus pauvres augmente, même celui des chômeurs⁹³¹. Marx s'est-il donc trompé en prédisant, suite à l'accroissement du chômage, une diminution de la demande de biens de consommation censée induire une réduction de l'incitation à produire? En réalité, ces prédictions sont en grande partie déjouées par l'action de l'État et celle des crédits qui, jusqu'ici et dans une certaine mesure, ont pu

⁹²⁸ P. Escande, *A Davos, les robots remplacent les hommes*, in *Le Monde.fr*, 19/01/2016.

⁹²⁹ Selon l'OIT, le taux de chômage dans le monde tourne, depuis ces dix dernières années, autour de 6% (autour de 7% dans les économies développées ; autour de 10% en Europe), ce qui représente autour de 200 millions de personnes auxquels il faut ajouter plus de 20 millions de personnes « abandonnées » (ni au chômage, ni en emploi). Plus de 800 millions de travailleurs vivent avec leur famille avec moins de 2 dollars par jour. Plus de 350 millions de travailleurs vivent avec leur famille avec moins de 1,25 dollar par jour : OIT, *Emploi et questions sociales dans le monde – Tendances 2016*, disponible en ligne sur le site de l'OCDE ; OIT, *Tendances mondiales de l'emploi*, 2014, disponible en ligne sur le site de l'OCDE.

compenser, pour une partie des populations, les failles du capitalisme (avant que l'abus de ces crédits n'en précipite la débâcle). Dans de nombreux pays en développement ou émergents (Brésil, Chine), le constat de Marx concernant l'exploitation des travailleurs reste criant d'actualité et explique le conflit, qu'avait aussi annoncé, sous une autre forme, Schumpeter, opposant ce qu'on appelle aujourd'hui la « société civile » (ou du moins une partie de celle-ci) contre le « capitalisme ». Et si l'État des nations riches cesse de jouer son rôle régulateur (par exemple en matière d'allocations de chômage, ce qui correspond à la volonté de l'OCDE depuis de nombreuses années et est en passe de se concrétiser), la vision de Marx pourrait bien s'y concrétiser à nouveau également. Car on ne peut nier la croissance du chômage technologique à l'échelle mondiale. Et l'on ne voit pas bien comment pourraient « s'insérer professionnellement » ces réserves de main d'œuvre « libérées » si, comme le constatent certains économistes⁹³², il n'y a pas assez d'emplois pour tous dans l'organisation actuelle du travail.

On soutient, ajoute Rifkin, que les pertes sur les marchés intérieurs seront compensées par une augmentation de la demande étrangère et l'ouverture de nouveaux marchés à l'étranger où l'on pourra produire toujours plus de biens et de services. Mais sur les marchés étrangers également, l'automatisation et la mise en concurrence sont responsables de nombreuses pertes d'emplois. Beaucoup sont d'accord pour faire porter la faute de la pauvreté montante sur l'intense concurrence mondiale et les licenciements technologiques. Malgré tout, faisant fi de la masse croissante de travailleurs réduits au chômage ou au sous-emploi, les discours officiels continuent de soutenir que les innovations technologiques, les gains de productivité et les chutes de prix engendreront une demande suffisante, créeront des marchés nouveaux, pousseront la croissance

⁹³⁰ Pour K. Polanyi, *op cit.*, c'est une situation analogue qui a conduit à la Seconde Guerre mondiale : les origines de celle-ci résident, selon lui, dans cette entreprise utopique par laquelle le libéralisme économique a voulu créer un système de marché autorégulateur (p. 53-54). Inévitablement, la société a dû prendre des mesures pour se protéger, mais ces mesures l'ont exposée à d'autres dangers (p. 22). Ce sont ces mesures adoptées par la société pour ne pas être anéantie par l'action du marché autorégulateur, le conflit entre le marché et les exigences élémentaires d'une vie sociale organisée qui ont produit des tensions qui ont finalement détruit cette société (p. 320). Ainsi, dans les années 20, par exemple, le parti ouvrier, qui comportait de nombreux élus au Parlement, fit la guerre à l'industrie sans tenir compte de ses besoins, conduisant à une paralysie du système politique et du système économique, ce qui ouvrit la voie au fascisme (p. 303-305). La conclusion de son ouvrage est que « la privation totale de liberté dans le fascisme est le résultat de la philosophie libérale qui prétend que le pouvoir et la contrainte sont le mal (...) » (p. 330). Pour lui, le tenant du libéralisme économique est resté fidèle à une idée illusoire de liberté et nie la réalité de la société, tandis que le fascisme accepte cette réalité de la société, dont font partie la contrainte et le pouvoir, et rejette par conséquence l'idée de liberté. On se trouve ici, écrit-il en conclusion, face à la question de la signification de la liberté elle-même. Aucune société n'est possible sans pouvoir ni contrainte. Le libéralisme économique a cru pouvoir construire une société uniquement sur la base de la volonté des hommes (sur base de relations contractuelles) et du concept de liberté (p. 330-331) : c'était une utopie. Les fascistes et les socialistes acceptent au contraire la réalité de la société : le pouvoir et la coercition sont une partie de cette réalité. Le fascisme nie du coup la possibilité de la liberté, tandis que le socialisme tente de la réaffirmer et de la réaliser malgré ce réalisme, en cherchant à supprimer toute injustice susceptible d'être supprimée (p. 334).

⁹³¹ Tout comme, témoigne K. Polanyi, *op. cit.*, p. 67-68, lors de la Révolution industrielle, les salaires étaient plus élevés dans les taudis industriels que dans toutes les autres régions, mais cela n'empêchait pas la condition ouvrière de sombrer dans un « véritable abîme de dégradation humaine ».

⁹³² Par exemple, Philippe Defeyt: « *Le fond du problème, on refuse de le voir, est qu'il n'y a pas assez de travail pour tout le monde* » : P. Defeyt, *Non le chômage n'est pas au plus bas*, in *La Libre.be*, 29 mars 2012 ; P. Duprieux, *9 questions à Philippe Defeyt*, 17 février 2014, sur le site de P. Duprieux.

économique et conduiront à plus de création que de pertes d'emplois dans les activités et industries de haute technologie, promouvant au passage le pouvoir d'achat... Mais où sont ces nouveaux secteurs qui pourront absorber les réserves de chômeurs⁹³³ ? Quels qu'ils soient, leur forte composante technologique ne leur permettra d'engager que très peu de main-d'œuvre. Comment tous les laissés-pour-compte vont-ils s'offrir tous les nouveaux produits et services ? Il est probable, conclut Rifkin, que la montée du chômage technologique et la baisse du pouvoir d'achat continueront d'infecter l'économie mondiale.

4) Analyse et conclusions: où mène le modèle économique guidé par les théories exposées aux points 1 et 2 de ce chapitre ?

En marche vers un étranglement du marché du travail

La conclusion de Rifkin est que nous sommes incontestablement dans une marche vers un étranglement du marché du travail⁹³⁴: confronté aux faits, ce paradigme économique de diffusion par percolation semble inepte⁹³⁵. D'où vient d'ailleurs un tel discours? Selon Rifkin, « De la foi dans la technologie et de la foi dans la théorie économique dominante. Les partisans optimistes du progrès technologique accusent leurs détracteurs de passéisme. De leur côté, les libre-échangistes accusent les syndicats d'entraver le processus de mondialisation et d'inciter le public à la xénophobie avec leurs appels au protectionnisme. Les détracteurs d'un nouveau « new deal » agitent le spectre des déficits publics. Les partisans du « laisser-faire » clament leur refus de toute intervention de l'État qui contrecarrerait le processus de mondialisation et d'automatisation dont dépendrait la croissance économique⁹³⁶ »,... sauf lorsque cette intervention publique est à leur avantage.

⁹³³ Certains auteurs dénoncent en outre un sous-investissement productif propre à un capitalisme rentier et le fait que la base productive ne permet plus de distribuer suffisamment d'emploi à la population : voir par exemple O. Einz, *Investissement productif et crise financière aux États-Unis : une explication fondamentale de la crise présente*, in *Le Monde.fr*, 14/09/2011.

⁹³⁴ Rejoignant en partie cette conclusion, Richard Hyman a décrit les trois scénarios qui paraissent envisageables pour l'avenir des relations professionnelles en Europe. Selon le premier scénario, les tendances actuelles se poursuivent et les conditions d'emploi, ainsi que les relations professionnelles se détériorent encore. Selon le deuxième, une réforme des politiques sociales et d'emploi est initiée par les politiques pour contrecarrer les effets de la mondialisation néolibérale. Le troisième scénario consisterait en un contre-mouvement venant des populations victimes qui modifieraient les rapports de force existants. Pour cet auteur, le premier scénario est le plus réaliste : « L'extrapolation à partir des trois dernières décennies indique que la situation ne peut qu'empirer » (p. 9). Le second scénario serait idéal, mais il est, à ses yeux, hautement improbable pour plusieurs raisons, notamment parce que « Toute solution de rechange se heurte à de sérieux problèmes d'action collective » (p. 11). Le troisième suppose une « révolte de la base; mais, si elle a lieu, elle peut n'être ni cohérente ni progressiste » (p. 12) : en effet, « la question clé est de savoir comment les griefs et les mécontentements personnels sont cadrés » (p. 13) : R. Hyman, *Trois scénarios pour l'avenir des relations professionnelles en Europe*, in *Revue internationale du Travail*, vol. 154 (2015), no 1, p. 5-15.

⁹³⁵ C'est aussi une des conclusions P. Feltesse, *Le modèle de développement en question suite à la crise*, Étude réalisée par la Fondation Travail-Université (FTU) et publiée avec le soutien de la Communauté française, novembre 2015.

⁹³⁶ J. Rifkin, *op.cit.*

Une concurrence imparfaite biaisée

En effet, les pays qui se sont développés se sont tous montrés protectionnistes dans les premières phases de leur développement, et continuent d'ailleurs dans cette voie, de façon éventuellement détournée, lorsque cela leur convient⁹³⁷. Le discours libre-échangiste n'a jamais été appliqué rigoureusement dans les pays industrialisés. Comme le démontre Polanyi, des instruments politiques ont dû être employés pour maintenir en équilibre l'économie mondiale⁹³⁸.

Pourtant, ce discours libre-échangiste constitue toujours, à l'heure actuelle, le discours de la Banque mondiale, du FMI⁹³⁹ (à destination des pays aidés), de l'OMC (celui que l'on destine aux autres membres de l'organisation) et celui des ultra-libéraux. Comme le montre Friedrich List (1729-1846)⁹⁴⁰, le libre-échange pur a toujours été un produit d'exportation des pays leaders dont

⁹³⁷ C'est notamment la thèse de Frédéric Lordon : soi-disant « libre -échangiste », notre économie est en réalité très protectionniste.

⁹³⁸ Jusqu'à notre époque, écrit K. Polanyi, *op. cit.*, « les marchés n'avaient été que des éléments secondaires de la vie économique. En général, le système économique était absorbé dans le système social et ne paraissait pas incompatible avec le modèle du marché. Le principe du troc ou de l'échange sous-jacent au modèle du marché ne montrait aucune tendance à s'étendre aux dépens du reste. Là où les marchés étaient le plus fortement développés, comme dans le système mercantile, ils prospéraient sous la direction d'une administration centralisée qui favorisait l'autarcie dans les ménages paysans comme dans la vie nationale. Le marché autorégulateur était inconnu. L'apparition de l'idée d'autorégulation représenta un renversement complet (...) » (p. 102). Le principe d'un marché autorégulateur, c'est que l'on s'attend à ce que les humains se comportent de façon à gagner le plus d'argent possible. D'autres présupposés concernent l'État et sa politique : selon ceux-ci, il convient qu'il y ait des marchés pour tous les éléments de l'industrie, y compris le travail (l'homme) et les ressources (la nature), mais aussi qu'aucune mesure ou politique ne soit autorisée à influencer le fonctionnement de ces marchés (p. 103). Ce n'est pas l'arrivée de la machine, mais l'invention de machines et d'installations complexes et spécialisées impliquant le système de la fabrique et de la production industrielle qui nécessitait pour son approvisionnement ininterrompu l'extension des mécanismes du marché à la terre, au travail et à la monnaie. On imaginait que cette évolution était le résultat naturel de l'extension des marchés, mais cette situation a été créée par des stimulants artificiels pour répondre à une situation créée par le phénomène non moins artificiel de la machine (p. 89). Mais, concrètement, le laissez-faire implique le refus de travailler pour les travailleurs s'ils en décident ainsi, ou la liberté pour les hommes d'affaires de se concerter sur les prix. Comme ces pratiques entrent en conflit avec l'autorégulation du marché, le libéralisme a dû se tourner vers la réglementation (l'État, la méthode collectiviste). Paradoxalement, ceux qui souhaitaient le plus libérer l'État de toute tâche inutile ont dû investir l'État des pouvoirs et instruments nécessaires à l'établissement du laissez-faire (p. 191). Il est donc faux de croire, comme certains l'affirment parfois, que la politique libérale n'a jamais pu faire ses preuves parce qu'elle aurait été étranglée par les syndicalistes, les marxistes, etc. : des instruments politiques ont dû être employés pour maintenir en équilibre l'économie mondiale. Dans un marché autorégulateur, il n'aurait pas été nécessaire d'employer la force pour convaincre les pays de régler leurs dettes ou les populations d'adopter le libre-échange (p. 272).

⁹³⁹ C'est ce que dénoncent notamment J. E. Stieglitz, *La grande désillusion*, Plon, 2002 et W. Easterly, *The elusive Quest for Growth : Economists' Adventures and Misadventures in the Tropics*, MIT, 2001, deux économistes qui y travaillèrent.

⁹⁴⁰ Voir F. List, *Système national d'économie politique* (1841), Gallimard, 1998.

les conséquences ont été d'empêcher les pays moins avancés de se construire une industrie nationale compétitive⁹⁴¹.

De fait, nous sommes aujourd'hui à l'ère de la concurrence imparfaite, sorte de remède aux imperfections du marché. Mais en quoi consiste concrètement cette concurrence imparfaite? Elle se caractérise dans les faits, comme le reconnaît William Easterly (un auteur que l'on ne peut soupçonner d'antilibéralisme), par l'existence de barrières à l'entrée; par le fait qu'une façon de se mettre à l'abri de la concurrence est de recourir à une politique de subventions; par le fait de protéger les industries dans les premiers temps de leur développement jusqu'à ce que l'avantage comparatif soit établi; mais aussi par l'existence de rendements croissants ou de sur-profits liés à des positions de monopole, les droits de propriété intellectuelle participant notamment (toujours selon cet auteur) à créer de tels monopoles; par le fait que les économies d'échelle donnent un avantage aux entreprises qui ont atteint la taille optimale; par le fait que certaines entreprises peuvent pratiquer des prix bas et laminer les profits des autres firmes; par le fait que les différends commerciaux sont réglés par des accords inter-étatiques en vertu de pressions politiques, etc. Une politique commerciale courante consiste donc à éliminer le concurrent, à récupérer ses débouchés et à renforcer son pouvoir de monopole⁹⁴².

La concurrence imparfaite telle qu'elle est pratiquement mise en œuvre est donc loin d'être plus « morale » que la toute théorique « libre concurrence »⁹⁴³. L'intervention de l'État n'est en effet pas neutre (dans le sens d'uniquement préoccupée par l'intérêt public): elle est soumise à l'influence de groupes de pression⁹⁴⁴.

C'est dans le cadre de cette vision que Graham Dutfield a expliqué la mise en place des régimes de propriété intellectuelle⁹⁴⁵ : la démonstration historique exposée dans sa thèse de doctorat montre que ceux-ci constituent en effet des mesures protectionnistes, édictées dans un premier temps par les Etats aujourd'hui les plus industrialisés sous la pression de leurs industries innovantes, et dictées de nos jours au niveau mondial par les firmes multinationales dans le but de se réserver à long-terme la suprématie en matière d'innovation technique, car les brevets

⁹⁴¹ Comprendons « dont le but était d'empêcher »: le but était surtout d'ouvrir les marchés des autres pays.

⁹⁴² W. Easterly, *op. cit.*

⁹⁴³ Ce système de concurrence imparfaite concourt donc sans aucun doute à l'accroissement des inégalités entre les régions et les pays : que ce soit dans un contexte de concurrence « pure » ou imparfaite, l'économie reste une guerre de conquête.

⁹⁴⁴ La réglementation est en effet analysée par certains (Stigler) comme un service échangé entre les décideurs politiques et les fonctionnaires d'une part, les décideurs politiques et les dirigeants des entreprises d'autre part. L'école des choix publics a mis en évidence le fait que les premiers cherchent souvent à maximiser leurs intérêts (réélection, postes, positions de pouvoir, avantages financiers). La théorie de la recherche de la rente (Krueger) ajoute que les systèmes administratifs de nombreux pays se caractérisent par diverses formes de clientélisme, de népotisme et de corruption. La théorie de la capture de la réglementation souligne enfin que les entrepreneurs cherchent, à travers les négociations, à se protéger de la concurrence, particulièrement étrangère : Frédéric Gimello-Mesplom, *Les principales théories économiques*, sur le site de l'Université de Metz.

⁹⁴⁵ Voir la thèse de G. Dutfield étudiée au chapitre 1.

constituent une garantie de leadership technologique pour ceux qui les accumulent. De nombreux exemples ont en effet montré que l'imitation est rendue beaucoup plus malaisée avec un système de propriété intellectuelle fort qui implique des coûts de licences qui peuvent être prohibitifs et des risques financiers importants liés à la contrefaçon. Les brevets gênent donc dans une certaine mesure le développement technologique des acteurs et pays non propriétaires des technologies. Ils ne laissent aux entreprises nationales qui, financièrement, ne sont pas en mesure d'acquérir des licences technologiques que la possibilité de se spécialiser dans les technologies relativement anciennes (puisque libres de brevets) ou dans la contrefaçon illégale, reconnaît à nouveau Easterly. Cette situation contraint également les entreprises nationales de ces pays à conserver des coûts de production bas pour être concurrentielles, ainsi qu'à réduire au maximum les coûts liés aux aspects sociaux, sécuritaires et environnementaux de leurs processus de production de manière à conserver des avantages comparatifs. D'un autre côté, tout partenariat ou investissement étranger dépendra probablement de la mise en œuvre effective des systèmes de propriété intellectuelle. Celle-ci peut constituer un atout économique, mais bloque alors les acteurs économiques dans un rapport de dépendance⁹⁴⁶.

La science économique, une discipline biaisée

Pour Joël Jalladeau, en passant de l'économie politique des classiques à la science économique des néoclassiques, on est passé d'une science « morale » et politique à une discipline technique, mathématique, et finalement irréaliste. Cet excès a conduit à négliger les spécificités culturelles, historiques, mais également économiques particulières⁹⁴⁷. Dans le même ordre d'idées, les justifications en faveur de la propriété intellectuelle font aujourd'hui partie de l'arsenal théorique économique dominant. Pourtant, comme le libre-échange inconditionnel, le recours inconditionnel à des régimes de propriété intellectuelle forts est susceptible de constituer un frein au développement technologique de certains pays. Un système de droits de propriété intellectuelle conforme aux normes de l'ADPIC ne constitue pas un facteur automatique de croissance: d'autres circonstances sont requises pour que ce régime de propriété intellectuelle trouve l'efficacité pour laquelle on souhaite le mettre en œuvre (infrastructures de recherche et de développement, éducation, capitaux à investir, etc.). L'économie internationale fondée sur le progrès technique, lui-même en partie déterminé par les investissements dans la R&D et l'éducation et par les politiques d'incitation à l'innovation ne peut donc que produire des résultats inégalitaires puisque les conditions de génération de l'innovation sont inégales.

Il s'agit là d'un état de fait maintes fois dénoncé. Pourquoi n'en est-il pas tenu compte? On accuse souvent, comme on l'a dit plus haut, la foi dans le progrès technique et dans les théories économiques dominantes comme étant à l'origine de la cécité généralisée sur ces questions. Il s'agirait donc d'un problème philosophique ou culturel. Il serait plus exact pourtant de mettre

⁹⁴⁶ W. Easterly, *op. cit.*

⁹⁴⁷ J. Jalladeau, *Economistes et sociétés. Essais sur le développement de la pensée économique*, 1989 (en ligne sur le site de l'auteur).

également en cause l'ensemble de ceux qui ont intérêt à susciter ces actes de foi: on se trouve en réalité face à un problème politique.

La technologie détournée de ses finalités

La technologie, au service du projet de société qui sera décrit dans les pages suivantes consacrées au développement durable, devrait avoir notamment pour fins davantage d'autonomie et d'indépendance pour l'homme. Or, à l'inverse, nous verrons, dans le chapitre consacré à cette question, que certaines innovations agricoles modernes, par exemple, contribuent à supprimer l'autonomie et l'indépendance des populations et des individus en matière d'agriculture et en matière d'alimentation⁹⁴⁸: c'est leur capacité à survivre par eux-mêmes qui est confisquée aux populations et aux individus.

Évoquant ce même mécanisme, André Gorz⁹⁴⁹ a montré comment les premières manufactures ont pu se développer lorsque les entrepreneurs sont parvenus à faire perdre aux tisserands la propriété de leurs moyens de production et leur savoir-faire en matière de fonctionnement des machines. Marx et Polanyi ont montré comment la fermeture des communs, après avoir organisé le dénuement complet des hommes, les a poussés à vendre leur force de travail⁹⁵⁰. Marx a montré comment, dans le régime capitaliste, avec le développement des machines, le travail devient abnégation, aliénation, le travailleur étant dépossédé du produit de son travail, du moyen de travail et de l'activité elle-même. Cette recherche soutient elle aussi la thèse selon laquelle l'histoire du développement est, paradoxalement, en partie celle d'une dépossession progressive: dépossession des matières premières nécessaires à la production, dépossession des outils de production, dépossession de nos capacités humaines individuelles de production, la propriété intellectuelle contribuant à cette dépossession.

La culture de la consommation nous donne en effet une illusion de liberté. En réalité, le temps « libéré » est, pour beaucoup, du temps passé (par le travail ou la consommation) à renforcer cette société de la consommation. Ce faisant, nous perdons progressivement notre intelligence des mains et du corps, notre capacité de réaliser les choses indispensables à notre survie, et du même coup notre autonomie et notre indépendance. Pour Gorz, « la techno-science fait des hommes et des femmes le produit de leur produit »: elle devient « le quasi-sujet de la production, de la pensée, du devenir et acquiert la puissance de produire des biens et des services, ses consommateurs et ses producteurs »⁹⁵¹. L'histoire de la technologie, selon lui, peut être lue comme l'histoire de la déqualification des agents directs de production⁹⁵². Cette déqualification contribue en outre à la diminution du prix du travail: en effet l'opérateur qui ne sait pas régler sa machine est payé en conséquence... La division du travail et la propriété des moyens de production ont donc été deux sources fondamentales de la polarisation de la société. La technique n'est donc pas neutre: ce que l'on désigne par efficacité économique n'est pas l'efficacité aux yeux

⁹⁴⁸ Voir le chapitre 4 de cette recherche.

⁹⁴⁹ A. Gorz, *Critique de la division du travail*, Seuil, 1973.

⁹⁵⁰ K. Marx, *Le Capital*, *op. cit.* ; K. Polanyi, *op. cit.*, p. 60-69.

de tous, et encore moins dans l'intérêt de tous. Les techniques de production modernes ne sont pas les seules possibles. Il faut, exhorte Gorz, questionner cet impératif technologique et mettre la science et la technique entre les mains des populations afin de mettre la production au service des hommes⁹⁵³. Les fins du travail doivent être humanisées et le travailleur doit pouvoir les assumer. Il faut attribuer démocratiquement des buts sociaux aux processus d'innovation et non considérer qu'il faut laisser les activités économiques au hasard⁹⁵⁴ sous prétexte qu'elles produiront seules la meilleure société possible⁹⁵⁵.

Pour K. Polanyi, « réglementer et diriger, cela peut être la manière de réaliser la liberté »⁹⁵⁶. Mais le plus souvent, la liberté créée par la réglementation est dénoncée comme une non-liberté. « Pour le tenant du libéralisme économique, l'idée de liberté dégénère en un pur et simple plaidoyer pour la libre entreprise – qui est aujourd'hui réduite à l'état de fiction par la dure réalité des trusts géants et du pouvoir princier du monopole »⁹⁵⁷. Le socialisme, qu'il a soutenu tout au long de sa vie, était d'ailleurs, à ses yeux, « au premier chef, la tendance inhérente d'une civilisation industrielle à transcender le marché autorégulateur en le subordonnant consciemment à une société démocratique »⁹⁵⁸. « Toute méthode d'intervention qui donne une protection aux travailleurs doit faire obstacle au mécanisme de marché autorégulateur, allant même jusqu'à diminuer le fonds de biens de consommation qui leur fournit leurs salaires »⁹⁵⁹. Mais le socialisme fait peur, ajoutait-il, car il pourrait toucher au système de la propriété qui est vital pour l'économie libérale⁹⁶⁰.

⁹⁵¹ Pour A. Gorz, « Ce que la technosophie interprète comme l'accession à la puissance d'un surhomme affranchi de ses faiblesses s'interprète plus véridiquement comme une victoire du capital qui, en devenant immatériel, parvient à exproprier les hommes de leurs corps, de leur monde, pour prendre possession totalement de leur vie » ; « Le capital fait de l'homme son sujet » ; « Le processus de domination de la nature par l'homme se retourne en domination de l'homme par ce processus de domination » : A. Gorz, *Misères du présent, richesses du possible*, Galilée, 1997.

⁹⁵² Pour A. Gorz, les qualifications, les compétences ont été décomposées en sous-spécialisations dépourvues d'autonomie, de pouvoir de contrôle et donc de pouvoir de décision sur les processus de production, en plus de générer un sentiment d'absurdité, une inhumanité du travail, une déculturation et une perte de sens critique par comparaison avec les connaissances, l'intelligence et la volonté dont font preuve dans leur travail davantage « complet » les paysans ou les travailleurs indépendants traditionnels : A. Gorz, *Critique de la division du travail*, Seuil, 1973.

⁹⁵³ Pour A. Gorz, le travail doit favoriser l'autonomie réelle de communautés produisant et mettant en commun une part importante du nécessaire et créant selon leur bon plaisir l'essentiel du superflu : A. Gorz, *Critique de la division du travail*, Seuil, 1973.

⁹⁵⁴ En réalité, les activités économiques n'évoluent pas au hasard, mais au gré de certains intérêts. C'est en fonction des intérêts communs qu'il conviendrait de les réorienter.

⁹⁵⁵ A. Gorz, *Métamorphoses du travail. Critique de la raison économique*, Galilée, 1988.

⁹⁵⁶ K. Polanyi, *op. cit.*, p. 329.

⁹⁵⁷ *Ibidem*, p. 330.

⁹⁵⁸ *Ibidem*, p. 302.

⁹⁵⁹ *Ibidem*, p. 299.

Une situation de dépossession collective

Notre seul pouvoir se limite-t-il à dénoncer indéfiniment ces états de fait; la situation est-elle cadencée, politiquement intangible?

Il apparaît en tout cas que les solutions politiques dictées par les modèles économiques n'ont rien donné de concluant. Un mot d'ordre politique pour lutter contre le chômage a été le développement de la formation et la reconversion professionnelle vers les emplois de haute technologie notamment. Mais, comme nous l'avons dit précédemment, combien pourront se recycler et s'insérer comme diplômés en astrophysique, en biologie moléculaire, en relations internationales, etc.? Une autre politique fut de faire appel à une stratégie de dépenses publiques pour créer des emplois et stimuler la croissance via une relance de la consommation, avec pour conséquence un endettement croissant, suivi de mesures d'austérité qui ont finalement donné lieu à de nouvelles pertes d'emplois. Les « solutions » politiques inspirées par l'économie consistent aujourd'hui en une réduction des déficits publics au moyen d'une suppression progressive des acquis sociaux, des politiques d'austérité et des extorsions de fonds publics afin de recapitaliser les banques privées : ce ne sont en rien des solutions pour créer de l'emploi, ni des politiques de développement.

On constate également que l'action politique des syndicats est fortement réduite : comme le remarquait déjà Gorz à son époque, l'émergence d'un marché planétaire et de réservoirs de main-d'œuvre mondiaux a poussé les sociétés à rompre la trêve conclue avec les syndicats depuis les années 50. La concurrence, les technologies éliminatrices d'emplois et la main-d'œuvre bon marché des pays tiers a permis d'entreprendre une action concertée d'affaiblissement des syndicats et de réduire le coût du travail. Les reconfigurations des grandes entreprises ont visé les besoins de l'employeur, et non ceux des employés. Les gains de productivité et les hausses de marges bénéficiaires n'ont pas été redistribués : on assiste, n'hésitent pas à affirmer certains, à une redistribution des richesses qui spolie les travailleurs au profit du patronat⁹⁶¹.

Le processus économique moderne apparaît donc de plus en plus crûment comme un processus d'extorsion⁹⁶². L'épisode de la fermeture de communaux relatée par Marx et Polanyi préfigurait manifestement l'époque actuelle qui voit le dénuement des États mis en œuvre à travers la finance, l'économie et la politique internationales. A l'appui de cette thèse, une étude récente par des chercheurs en science de gestion suisses démontre qu'un nombre croissant de multinationales interconnectées, parmi lesquelles figurent en bonne place des institutions

⁹⁶⁰ *Ibidem*, p. 303.

⁹⁶¹ La rémunération des directeurs est composée d'un pourcentage croissant des bénéfices de l'entreprise. L'écart de salaire entre l'ouvrier et le directeur s'est considérablement accru. Les grandes entreprises ont vu leurs niveaux de bénéfices s'accroître, nombre d'actionnaires ont vu leurs dividendes se multiplier, mais pour le travailleur ordinaire, la rémunération horaire moyenne a diminué, et beaucoup d'actifs se sont retrouvés au chômage, à temps partiel, sous-employés. Un infime pourcentage de la population détient une grande partie des actions et obligations et des moyens de production privés. La révolution technologique pourrait se traduire par moins d'heures de travail et un bien-être accru, mais le chômage grandissant et les inégalités croissantes résultent de la façon dont les gains de productivité sont partagés : A. Gorz, *Misère du présent, richesses du possible*, Galilée, 1997.

financières, affecte la concurrence sur le marché mondial et la stabilité financière⁹⁶³. Ces multinationales détiennent un pouvoir financier, détournent la concurrence à leur bénéfice, influencent la publicité, les médias, la culture, les modes de vie, ainsi que la politique via le lobbying⁹⁶⁴. Il s'agit d'une oligarchie de fait qui fait barrage à toute démocratie réelle⁹⁶⁵. La propriété intellectuelle fait partie de leurs outils de concurrence imparfaite et constitue un des instruments menant à la fermeture de communs et à cette expropriation collective: c'est ce que mettra encore plus précisément en évidence l'étude de cas proposée plus loin dans cette recherche.

On peut espérer que les nombreux mouvements contemporains en faveur d'un changement sociétal construisent, à partir du sentiment collectif de révolte et autour d'idéaux

⁹⁶² Comme le constate Alain Badiou, *Que faire ?*, 2014, p.103-105, et comme l'illustrera le chapitre 4 de cette recherche, « (...) au colonialisme du partage a succédé l'anarchie du zonage. (...) le zonage, c'est un ensemble de pratiques qui consistent à préempter des enclaves économiques stratégiques, en raison des ressources minières, forestières, agricoles qu'elles offrent. Les puissances impériales deuxième manière se réservent et occupent des zones pétrolières, minières, etc. Elles s'assurent du monopole d'exploitation des richesses locales. (...) ce zonage n'est pas l'apanage des Etats-Unis ou de l'Europe : tout le monde s'y met ! ».

⁹⁶³ S. Vitali, J. B. Glattfelder, S. Battiston, Chair of Systems Design, ETH Zurich, *The network of global corporate control*, in *PLoS One*, 6 (10), 2011, traduit sur le blog de Paul Jorion. Cette étude cherche à mettre à jour la structure de contrôle des multinationales à l'échelle mondiale, à déterminer comment les multinationales se connectent globalement les unes aux autres. Elle démontre que les multinationales forment une « structure en nœud-papillon géante » et qu'une grande part du contrôle (les firmes exercent en effet un contrôle sur d'autres firmes via une toile de relations de détentions directes ou indirectes) est drainé vers un cœur tissé serré d'institutions financières. Ce cœur peut être vu comme une « super-entité économique » dont l'existence soulève des questions sur le plan de la politique. En effet, des relations de détention mutuelle entre firmes du même secteur peuvent dans certains cas mettre en danger la concurrence libre et non faussée sur les marchés. De plus, le tissage de liens parmi les institutions financières a été reconnu comme ayant des effets ambigus vis-à-vis de leur fragilité financière. Cette recherche montre donc que trois quarts de la propriété des firmes du cœur reste dans les mains des firmes de ce même cœur. En d'autres termes, ces sociétés détiennent une majorité d'actions de chacune d'entre elles. A eux seuls, les 737 détenteurs prépondérants cumulent 80% du contrôle de la valeur de toutes les multinationales. Les acteurs les plus puissants parmi celles-ci tendent à appartenir au cœur. Malgré sa petite taille, celui-ci détient collectivement une large part de tout le réseau de contrôle. Si l'on va plus dans le détail, on observe qu'une partie importante du contrôle sur la valeur économique des multinationales dans le monde est détenue, via un réseau complexe de relations de propriété, par un groupe de 147 transnationales dont les trois quarts sont des institutions financières situées dans le cœur, celui-ci ayant presque un contrôle complet sur lui-même. Les détenteurs du haut de la liste dans le cœur peuvent alors être considérés comme une « super-entité économique » dans le réseau global des grandes sociétés. Jusqu'à présent, aucune étude scientifique n'avait démontré ou exclu que cette super-entité ait jamais agi comme un bloc, mais ce n'est pas improbable: même des structures à faible participation croisée au niveau national peuvent affecter la libre concurrence. Cette recherche démontre donc que les détenteurs du haut de la liste sont au moins en position d'exercer un contrôle considérable, soit en votant dans les conseils d'administration et les assemblées générales, soit par des négociations informelles.

⁹⁶⁴ Dans le même esprit, *Alternatives économiques* a publié en 2010 une étude sur les liens entre les entreprises du CAC40 et notait une grande consanguinité dans les conseils d'administration : J-M Delaunay, *Les cumulards du CAC 40*, in *Alternatives économiques Hors-série*, n° 085 bis, sept. 2010.

⁹⁶⁵ Badiou évoque les statistiques les plus récentes : 10% de la population mondiale détiendraient 86% des ressources mondiales : on peut dès lors parler d'une oligarchie exercée par ces 10% : A. Badiou, *Notre mal vient de plus loin*, 2016, p. 30. Y ajoutant le contexte d'affaiblissement stratégique des États et le fait que la démocratie représentative est constitutivement sous l'autorité du capital qu'elle perpétue, il conclut que la démocratie sous sa forme parlementaire interdit tout changement d'ampleur : A. Badiou, *Que faire ?*, 2016, p. 78-81.

mobilisateurs, une identité collective et susciter une volonté d'action capables d'alimenter un contre-mouvement révolutionnaire cohérent et progressiste. Comme le souligne Hyman : « L'anomie et l'aliénation peuvent se traduire par la passivité et la mise en retrait politique. L'anxiété peut alimenter l'extrémisme de droite, mais aussi encourager des stratégies individualistes de survie. La colère peut déboucher sur le militantisme, mais sa cible dépendra de ce, ou de ceux, que l'on tient pour responsable des causes du mécontentement. Pour compliquer encore les choses, les attitudes subjectives sont rarement pleinement constituées et cohérentes. (...) Pour reprendre la terminologie de la théorie de la mobilisation, la question-clé est de savoir comment les griefs et les mécontentements personnels sont cadrés. (...) Comment s'inscrivent-ils dans un récit plus large sur la nature de la société et de la vie économique? Les privations sont-elles vécues avec fatalisme? En fait-on grief à d'autres groupes vulnérables comme les minorités ethniques ou les travailleurs migrants? Les attribue-t-on à la cupidité et aux privilèges des riches et des puissants? Existe-t-il la vision d'une meilleure façon d'organiser l'économie et d'y situer la place du travail? A-t-on le sentiment que l'action collective permettrait d'y arriver? Les réponses à ces questions ne découlent pas mécaniquement des circonstances objectives: le caractère contradictoire des croyances et des visions du monde ouvre de nombreuses possibilités de cadrage »⁹⁶⁶.

Mais quels pourraient être les idéaux mobilisateurs pour ces mouvements ? Après avoir abordé dans le chapitre deux un premier ensemble de concepts qui semblent témoigner d'un potentiel mobilisateur, à travers l'analyse des notions de *biens communs* et de *communs*, nous aborderons dans les pages suivantes un autre concept important : celui de *développement durable*.

2. L'objectif de soutenabilité et les implications auxquelles il conduit concernant l'orientation des politiques en matière de propriété intellectuelle

Le concept de développement durable donnant lieu à de multiples interprétations, les pages suivantes auront pour premier objectif de le définir. Nous émettrons ensuite des réserves par rapport à la capacité de ce concept de susciter les changements qui s'imposeraient, et nous expliquerons pourquoi nous promouvons plutôt, comme objectif global commun, en lieu et place du développement durable, la notion de *soutenabilité*.

1) Qu'est-ce que le développement durable ? Éléments de définition⁹⁶⁷

Le concept de développement durable est né du constat de la crise écologique naissante et de la crise des modèles de développement. Son apparition est la traduction de ces préoccupations croissantes. Au bout de trente ans d'existence, il n'a toutefois pas fourni la preuve qu'il était une

⁹⁶⁶ R. Hyman, *op.cit.*, p. 12-13.

⁹⁶⁷ Une partie de la réflexion présentée ci-dessous a été initiée dans mon mémoire de D.E.A. : V. Tilman, *Le concept de développement durable*, in *Actualités du Droit*, 1998.

réponse appropriée à ces préoccupations: la vogue du développement durable n'a pas évité, ces dernières années, des catastrophes écologiques gravissimes dont l'impact cumulatif attente à la vie d'un nombre croissant d'écosystèmes, d'individus et d'espèces; elle n'a pas réduit la misère humaine, le chômage croissant à l'échelle de la planète, l'explosion des pathologies liées aux modes de vie dans les pays développés, l'indifférence aux problèmes sanitaires de millions d'individus des pays moins nantis et les inégalités aux proportions révoltantes⁹⁶⁸. D'autres réponses à ces crises potentiellement explosives doivent être imaginées d'urgence. Certaines réponses existent, mais elles ne sont pas traduites dans des politiques ambitieuses⁹⁶⁹. C'est pourquoi il nous paraît indispensable de répéter pourquoi l'histoire du développement nous a conduits à la croisée des chemins où nous nous trouvons aujourd'hui et pourquoi le développement durable ne semble pas encore être la réponse adéquate à nos problèmes.

Le concept de développement durable fut utilisé pour la première fois en 1979 à l'Assemblée générale des Nations Unies pour désigner un modèle de développement « mieux adapté pour traiter les problèmes de la pauvreté, du mal-développement et des injustices à travers le monde ». La notion de durabilité/soutenabilité (*sustainability*) fit ensuite son apparition chez les économistes du développement et dans les milieux écologistes. Certains parmi ceux-ci tentaient, depuis la fin des années 60, de répondre aux contradictions entre la croissance des activités humaines et les limites de l'écosystème terrestre. Le rapport *World Conservation Strategy*, publié

⁹⁶⁸ Selon P.-N. Giraud, *L'inégalité du monde*, Gallimard, 1996, p. 301-312, au 18^{ème} siècle, dans l'Europe, l'Inde et la Chine, la richesse matérielle moyenne était encore du même ordre avec d'immenses égalités internes, tant spatiales que sociales. Avec la révolution industrielle, l'écart s'est creusé entre les territoires, et les inégalités internes, après avoir d'abord augmenté, se sont réduites en Europe, aux États-Unis et au Japon sous l'effet de croissances social-démocrates autocentrées et, ailleurs dans le monde, avec les socialismes. Dans les années 80, de vastes zones de l'ex-Tiers-Monde amorcèrent un mouvement de rattrapage. En 1996, cet auteur prédisait le rapprochement des niveaux moyens de revenus entre les territoires, mais une réouverture des inégalités internes au sein des territoires qui pourrait provoquer la disparition, dans les pays riches, des classes moyennes. Des données récentes montrent que les quinze dernières années ont été marquées par une accélération exceptionnelle de la croissance dans les pays en développement. L'accélération de la croissance a entraîné une baisse de la pauvreté. La catégorie des pays riches ne s'étend guère, tandis que celle des pays convergents se développe spectaculairement, et les pays répertoriés comme très pauvres diminuent. Pour la première fois depuis la Seconde Guerre mondiale, les niveaux de vie entre territoires ont connu, au cours de la dernière décennie, une forte convergence. Néanmoins, depuis 2008, les taux de croissance des pays émergents ont ralenti. Dans le même temps, les inégalités internes se sont accrues: Lamy G., *Mondialisation et pauvreté*, in *Regards croisés sur la pauvreté*, 2008/2, n° 4, p. 95-96 ; Faujas, *Le basculement de la richesse vers les pays du sud s'accélère*, in *Le Monde.fr*, 18/06/2010. Selon l'OCDE, en effet, dans la plupart des pays, l'écart entre les riches et les pauvres n'a jamais été aussi grand depuis 30 ans : dans les pays de l'OCDE, les 10% les plus riches ont un revenu dix fois supérieur au 10% les plus pauvres. Dans certains pays émergents, cet écart est généralement supérieur à celui des pays de l'OCDE : OCDE, *Tous concernés : Pourquoi moins d'inégalité profite à tous*, p 17, disponible sur le site de l'OCDE; OCDE, *Focus Inégalités et croissance*, disponible sur le site de l'OCDE. Comme nous l'avons déjà mentionné, selon Badiou, *Notre mal vient de plus loin*, 2016, p. 30-32, les statistiques les plus récentes montreraient qu'1% de la population mondiale posséderait 46% des ressources disponibles ; 10% posséderaient 86% des ressources disponibles ; 40% (la classe moyenne) se partageraient 14% des ressources mondiales ; 50% ne posséderaient rien. Ces inégalités seraient porteuses de tensions sociales : ainsi, par exemple, la classe moyenne, craignant d'être renvoyée dans la masse des démunis, est poreuse à la xénophobie, au racisme et au mépris des démunis.

⁹⁶⁹ En partie pour des raisons d'ordre culturel et philosophique, tant il semble vrai que l'idée selon laquelle le gain serait le mobile d'action profond de la société et de l'individu a constitué, comme l'écrit K. Polanyi, *op. cit.*, une des « plus violentes explosions de ferveur religieuse de l'histoire » (p. 54) et a profondément pénétré notre conscience depuis le 19^{ème} siècle.

en 1980 par l'Union mondiale pour la nature (IUCN), proposait ainsi la mise en œuvre d'un développement durable/soutenable (*sustainable development*), c'est-à-dire apte à prendre en charge la conservation des ressources vivantes, la préservation de la diversité génétique et le maintien des équilibres écologiques essentiels. A la même époque, le Programme des Nations Unies pour le Développement (PNUD) introduisait la notion de *soutenabilité*, à laquelle il conférait un contenu plus social qu'écologique, pour qualifier un mode de développement alternatif, susceptible de satisfaire durablement les besoins de l'humanité et d'améliorer la qualité de vie.

Le concept de développement durable reçut son baptême médiatique en 1987, lors de la publication par la Commission mondiale pour l'environnement et le développement du Rapport Brundtland⁹⁷⁰. Mais comme en témoigne, notamment au sein des analyses des Nations Unies, l'apparition successive, à partir des années 70, des notions de *développement humain*, de *besoins essentiels*, de *développement endogène* et d'*écodéveloppement*, jalons de la construction progressive du concept de développement durable, celui-ci constituait déjà la base de l'analyse et de la politique des Nations Unies en matière de développement depuis le début des années septante, ce qui ne plaide guère en faveur de sa capacité à susciter un changement de politiques, quand on mesure la croissance des inégalités et la dégradation environnementale de ces quarante-cinq dernières années.

Le rapport Brundtland n'a pas contribué à clarifier le concept de développement durable, même si sa définition du problème a fini par s'imposer. Selon celui-ci, le développement soutenable est « un développement qui répond aux besoins du présent sans compromettre la capacité des générations futures de répondre aux leurs ». Cette mention du principe d'équité intergénérationnelle implique, en toute logique, la prise en compte de l'environnement. Pourtant, cette définition ne fait pas explicitement référence à des stratégies de préservation ou de conservation du patrimoine naturel, ce qui confère à la notion un caractère équivoque. Le rapport Brundtland précise toutefois: « Deux concepts sont inhérents à cette notion : le concept de besoins, et plus particulièrement de besoins essentiels des plus démunis, à qui il convient d'accorder la plus grande priorité, et l'idée des limitations que l'état de nos techniques et de notre organisation sociale impose sur la capacité de l'environnement à répondre aux besoins présents et à venir ». L'expression l'idée des limitations exprime bien une prise de conscience, mais n'évoque cependant aucune stratégie d'action, ni même aucun engagement précis quant aux limites à établir en matière de développement technologique.

La notion de développement durable s'imposa à la suite de la Conférence de Rio⁹⁷¹. Selon la CNUCED, qui exprime la stratégie de poursuite de l'objectif de développement durable préconisée par les Nations Unies, « elle permet d'ancrer fermement les préoccupations écologiques dans un contexte de croissance ». Ce que le rapport Brundtland cherche à montrer au fil de ses nombreuses pages, c'est que l'objectif d'un développement durable est d'allier

⁹⁷⁰ Commission mondiale sur l'environnement et le développement, *Notre avenir à tous*, Montréal, Ed. du Fleuve, 1988, dit *Rapport Brundtland*.

⁹⁷¹ Conférence des Nations Unies sur l'environnement et le développement (CNUCED), 1992.

environnement et développement, de sorte que les politiques qui les promeuvent se renforcent mutuellement. Cette attitude est prônée par les tenants de la *croissance verte*, les promoteurs de la *bioéconomie* et les adeptes d'un *green new deal*⁹⁷². D'autres visions dissocient croissance et développement : ont-elles leur place au coeur du paradigme du développement durable? Nous y reviendrons ci-dessous.

Le plus souvent, l'objectif de résolution de la tension entre environnement et développement est bien compris comme étant au cœur de la notion de développement durable, mais la façon de résoudre cette tension divise et ouvre la voie à de multiples interprétations. Certains jouent, par exemple, sur la confusion possible entre *développement durable* et *croissance durable* (qui dure), ce qui implique de conserver une optique à court terme, quitte à temporairement laisser s'aggraver certains problèmes environnementaux, sous prétexte que ceux-ci seront pris en charge une fois que les pays auront atteint un certain niveau de développement économique⁹⁷³. Ainsi, en une vingtaine d'années, le développement durable s'est indiscutablement transformé en concept de marketing et en nouvelles opportunités de croissance pour les entrepreneurs et les politiques qui les soutiennent. Ce phénomène est manifestement promis à une belle expansion. Il est aussi question de *relance verte*⁹⁷⁴ mais il est plus vraisemblable que certaines dépenses pour l'environnement cesseront de représenter une priorité⁹⁷⁵ et que certaines politiques environnementales pourraient être considérées comme trop ambitieuses, voire inappropriées face au « besoin » de relance.

Aujourd'hui, le développement durable est également présenté comme devant être *inclusif* (contre l'exclusion, la discrimination) et *résilient* (qui renvoie à la construction collective d'une capacité de rebond sur le long terme)⁹⁷⁶.

⁹⁷² Voir par exemple les pages consacrées à la croissance verte sur le site de l'OCDE : <http://www.oecd.org/fr/croissanceverte/>; Commission européenne, *L'innovation au service d'une croissance durable : la bioéconomie pour l'Europe*, COM(2012) 60 final, en ligne sur http://ec.europa.eu/research/bioeconomy/pdf/201202_innovating_sustainable_growth_fr.pdf; le site européen du Green New Deal : <http://greennewdeal.eu/> et les pages consacrées à la Green Economy du PNUE : <http://www.unep.org/greeneconomy/>.

⁹⁷³ C'est notamment la thèse qui transparaît dans l'ouvrage devenu célèbre, mais également très contesté, de B. Lomborg, *The Skeptical Environmentalist: Measuring the Real State of the World*, Cambridge University Press, 2001, 515 p., 2001. L'idée que la croissance finira par « filtrer » jusqu'aux travailleurs, dont les salaires fourniront alors la base des revenus disponibles pour les programmes sociaux et environnementaux correspond à la théorie de la *percolation*, mais, comme le démontre J. Rifkin (cf. supra), celle-ci est en contradiction avec la réalité du chômage croissant.

⁹⁷⁴ Voir par exemple P. Jurgensen, *Qu'attendre de la relance verte ? Le rôle des incitations et de la recherche*, in *Regards croisés sur l'économie*, 2/2009 (n° 6), p. 149-158.

⁹⁷⁵ « Plusieurs dirigeants s'alarment du coût des politiques environnementales et du plan climat européen. Opposent compétitivité et limitation des émissions de CO₂. Et appellent à la suspension de ces mesures, le temps de remettre l'économie mondiale à flot. Avec l'argument qui tue : qui dit récession, dit mécaniquement réduction des émissions. Laissons donc le marché faire... » : G. Launay et C. Losson, *Sortir du rouge par le vert*, in *Libération.fr*, 5 déc. 2008.

⁹⁷⁶ Voir la page du site des Nations Unies consacrée aux objectifs du développement durable : <http://www.un.org/sustainabledevelopment/fr/objectifs-de-developpement-durable/>.

Les multiples définitions et interprétations auxquelles il a donné naissance donnent du développement durable l'image d'un concept « fourre-tout » maquillé des plus louables intentions. Pour ces deux raisons, ce concept a témoigné, depuis Rio, d'un réel potentiel mobilisateur, tant auprès de certains écologistes et humanistes qu'auprès des plus pragmatiques qui y ont vu à la fois un nouveau marché et une nouvelle forme de publicité. Certains idéalistes ont vu dans le développement durable ce à quoi ils tendaient: une matrice de pensée » ou encore un « idéal régulateur » auquel il conviendrait de donner de multiples formes concrètes qui tiendraient compte, à partir de quelques idées-clés, d'aspirations culturelles diverses et d'une vision globale des problèmes susceptibles de nous concerner tous: les idées-clés du développement durable seraient de répartir, à travers le temps (équité intergénérationnelle) et à travers l'espace (équité intragénérationnelle), les bénéfices du développement, ainsi que les possibilités, pour les différentes collectivités, de créer ce développement humain de façon autonome. Mais d'autres les avaient mis en garde: on peut aussi envisager la notion de développement durable, avec davantage de scepticisme, comme le dernier avatar du paradigme développementaliste et lui accorder, pour cette raison, peu de crédit quant à sa capacité à conduire à un quelconque changement social. La période d'engouement quasi général liée au flou du concept passée, il faut bien admettre que dans l'expression « développement durable », le consensus politique se fait essentiellement sur le développement, beaucoup moins sur le « durable » (du moins au sens de viable). Et pourtant, la popularité de cette notion a conduit à populariser, à leur tour, d'autres concepts qui n'appartiennent plus au paradigme du développement, comme celui de *décroissance* ou celui de *simplicité volontaire*, ouvrant d'autres voies de débats et de réflexions, bien que dans des cercles plus restreints.

La question de fond du développement durable, celle sur laquelle nous sommes invités à être inventifs, reste incontestablement la suivante : comment créer pratiquement les conditions de ce développement viable qui parvienne à concilier environnement et développement social ? La définition du Rapport Brundtland laisse en effet ouverte la question de la définition des stratégies de mise en œuvre d'un tel développement. Elle laisse également ouverte la question du contenu des besoins et des aspirations des générations présentes et futures qu'il est censé réaliser. Il nous a donc paru important de chercher à déterminer quel type de société nous visons lorsque nous évoquons cet idéal. En d'autres termes, quelles sont les finalités concrètes du développement durable ? Cet éclaircissement nous a paru indispensable afin de déterminer dans quelle mesure les pratiques de propriété intellectuelle y contribuent ou non, ce à quoi elles contribuent précisément, et à quoi on pourrait souhaiter qu'elles contribuent.

2) Quelles sont les finalités du développement et celles du développement durable ?

Quelle est la finalité de l'existence individuelle et des sociétés humaines : s'agit-il du bien-être, du bonheur individuel, du bonheur collectif, de la liberté, de la justice, de l'égalité, d'un certain état moral ou spirituel, etc. ? L'histoire de la philosophie, les courants religieux, spirituels ou politiques fournissent des instruments pour penser cette question. Les réponses varient selon

les cultures et les individus... Qu'en est-il de la finalité du développement ? Quels sont les aspects de l'existence que ce projet entend développer?

Selon la conception que l'on s'en fait, le développement renvoie à un ensemble d'éléments quantitatifs (économiques) et/ou qualitatifs (culturels, sociologiques, idéologiques et politiques) dont tentent de rendre compte certains indicateurs synthétiques de développement. Parmi les innombrables définitions du développement, les quelques propositions qui vont suivre exposent la façon dont, respectivement, les Nations Unies (par l'intermédiaire du Programme des Nations Unies pour le développement), les pays occidentaux (notamment les États-Unis, par la voix du Président Truman), les pays en développement (représentés par la Commission Sud, présidée par l'ancien président tanzanien Nyerere) et la science économique en général (par la voix de Perroux) conçoivent cette dimension qualitative du développement⁹⁷⁷ :

Selon la Commission Sud, « Le développement est un processus qui permet aux êtres humains de développer leur personnalité, de prendre confiance en eux-mêmes et de mener une existence digne et épanouie. C'est un processus qui libère les populations de la peur du besoin et de l'exploitation et qui fait reculer l'oppression politique, économique et sociale. C'est par le développement que l'indépendance politique acquiert son sens véritable. Il se présente comme un processus de croissance, un mouvement qui trouve sa source première dans la société, elle-même en train d'évoluer »⁹⁷⁸ ;

Selon le PNUD, « Le principal objectif du développement humain est d'élargir la gamme des choix offerts à la population, qui permettent de rendre le développement plus démocratique et plus participatif. Ces choix doivent comprendre des possibilités d'accéder au revenu et à l'emploi, à l'éducation et aux soins de santé, et à un environnement propre ne présentant pas de danger. L'individu doit également avoir la possibilité de participer pleinement aux décisions de la communauté et jouir des libertés humaines, économiques et politiques »⁹⁷⁹ ;

Selon François Perroux, cité par G. Rist, le développement doit conduire « au développement de tout l'homme en chaque homme » et à une « socialisation plénière qui conduise à l'épanouissement de chacun »⁹⁸⁰ ;

Selon le PNUD, de nouveau, « Le développement humain est un processus qui conduit à l'élargissement de la gamme des possibilités qui s'offrent à chacun. En principe,

⁹⁷⁷ Ces définitions sont reprises de l'ouvrage de Gilbert Rist, *Le développement. Histoire d'une croyance occidentale*, Paris, Presses de Sciences Po, 2001. La réflexion développée dans cet ouvrage, abondamment documenté et remarquablement argumenté, constituera le point de départ de notre propre réflexion sur la question du développement. Nous y ferons référence à plusieurs reprises dans les pages suivantes.

⁹⁷⁸ *Défis au Sud*, Rapport de la Commission Sud, Paris, Economica, 1990, p. 10-11, cité par G. Rist, *Ibidem*.

⁹⁷⁹ PNUD, *Rapport mondial sur le développement humain*, Paris, Economica, 1991, cité par G. Rist, *Ibidem*.

⁹⁸⁰ F. Perroux (*L'économie au XXème siècle*), cité par G. Rist, *Ibidem*, p. 172.

elles sont illimitées et peuvent évoluer avec le temps. Mais, quel que soit le stade de développement, elles impliquent que soient réalisées trois conditions essentielles : vivre longtemps et en bonne santé, acquérir un savoir et avoir accès aux ressources nécessaires pour jouir d'un niveau de vie convenable. Si ces conditions ne sont pas satisfaites, de nombreuses possibilités restent inaccessibles. Mais le concept de développement humain (...) englobe également des notions aussi capitales que la liberté politique, économique ou sociale, et aussi importantes que la créativité, la productivité, le respect de soi et la garantie des droits humains fondamentaux »⁹⁸¹ ;

Le Point 4 du discours du Président Truman, qui inaugura l'ère du développement, fixe quant à lui comme objectifs au développement « la vie meilleure à laquelle les peuples pacifistes aspirent » ; « l'existence de la paix, de l'abondance et de la liberté » ; le triomphe des peuples « non seulement (sur) leurs oppresseurs, mais aussi (sur) leurs ennemis de toujours : la faim, la misère et le désespoir » ; la marche de l'humanité vers « la liberté et (le) bonheur personnels »⁹⁸².

Comme le montre G. Rist, le développement se propose de libérer l'homme du besoin, de lui offrir la capacité de réaliser ses aspirations, de lui offrir la liberté, rien de moins ! Pour le rationalisme des 17^{ème} et 18^{ème} siècles, l'émancipation, la liberté, le bonheur, la civilisation constituaient les objectifs de la démocratie et de la maîtrise scientifique du monde. Si l'on en croit les définitions présentées ci-dessus, l'idéal de développement reste fidèle aux principes des Lumières : les valeurs communes qui ressortent de ces définitions résident essentiellement dans l'individualisme (épanouissement des potentialités de l'individu, bonheur personnel) et la liberté⁹⁸³ (libération de certaines contraintes naturelles (faim, maladie), politiques et sociales), comme conditions d'une vie meilleure.

Dans les faits, cependant, le développement n'est pas que réjouissances⁹⁸⁴. Là où elle s'est produite, la libération des hommes de certaines contraintes naturelles n'a pas été sans revers⁹⁸⁵. Certains envisagent donc le développement durable comme un rappel, face aux développements propres des sphères économique, scientifique et technologique et à leurs conséquences quelquefois funestes, de cette idée selon laquelle la finalité du progrès politique, social et scientifique est le développement *humain*, c'est-à-dire *qualitatif*. Pour ces critiques du développement tel qu'il est actuellement mis en œuvre, le développement durable devrait être justement ce que le développement n'a pas été.

Il existe plusieurs gradations parmi les critiques du développement. Ceux que l'on pourrait qualifier de réformistes se sont emparés de la notion de développement durable pour envisager un *autre* développement. La plupart des critiques du développement contestent en effet la société

⁹⁸¹ PNUD, *Rapport mondial sur le développement humain*, Paris, Economica, 1990, cité par G. Rist, *Ibidem*.

⁹⁸² Point 4 du discours du Président Truman (1948), cité par G. Rist, *Ibidem*, p. 116-124.

⁹⁸³ Il ne s'agit pas d'une liberté individuelle totale ou d'un individualisme strictement égoïste, car, sous ces formes extrêmes, il est évident que l'une et l'autre cesseraient de contribuer à une vie meilleure pour tous les individus.

productiviste qui contribuerait à réduire l'être humain plutôt qu'à en épanouir les différentes potentialités. Ils contestent l'idée que le bien-être matériel puisse constituer l'objectif ultime du développement⁹⁸⁶. Il est vrai que l'économie contemporaine répond essentiellement par la théorie du bien-être matériel à cette question de savoir quelles seraient les valeurs rassembleuses⁹⁸⁷. La définition du Président Truman évoquée ci-dessus parle ainsi d'abondance, évoquant par-là la société de consommation parmi les conditions du développement. Face à ce qu'ils considèrent comme une dérive, ces critiques rappellent donc que le bien-être au sens large doit être interprété comme l'ensemble des facteurs qui contribuent à garantir aux individus une certaine maîtrise de leur destinée: pour certains grands penseurs de l'économie (John Stuart Mill, par exemple), la poursuite du bien-être matériel était en effet davantage un moyen au service d'une certaine conception du bonheur qu'un objectif en soi. La notion de bien-être serait donc plus large et

⁹⁸⁴ Ces idéaux sont incontestablement en rupture avec l'ordre traditionnel. Mais leur mise en pratique ne se fait pas au bénéfice de l'ensemble des individus : avec le délitement des obligations de réciprocité et de redistribution, les perdants de l'organisation économique ont été livrés à la misère, ce que ne permettait pas l'ordre traditionnel. Polanyi, *op. cit.*, a montré que « Toutes les économies de grande échelle reposant sur les produits de la nature ont été gérées à l'aide du principe de redistribution » (p. 81) : c'est le cas par exemple de la Babylonie d'Hammourabi, du Nouvel empire d'Egypte, de la Chine ancienne, de l'Empire des Incas, du Royaume de l'Inde, de l'Afrique, etc. « Le processus de redistribution fait partie du régime politique dominant, qu'il s'agisse de la tribu, de la cité-Etat, du despotisme ou de la féodalité fondée sur le bétail ou la terre » (p. 83). « Le sauvage individualiste cueillant et chassant pour son propre compte ou celui de sa famille n'a jamais existé. La pratique qui consiste à pourvoir aux besoins de son propre foyer n'est en réalité devenue un trait de la vie économique qu'à un niveau d'agriculture plus avancé ». Dès lors, son mobile n'est pas le gain, mais le groupe clos, quel qu'il soit (famille, village, manoir seigneurial) : le principe est de produire et d'emmagasiner pour la satisfaction des besoins des membres du groupe ; ce principe a donc des applications aussi larges que celles de la réciprocité ou de la redistribution (p. 84). « On peut donc affirmer, continue-t-il, que tous les systèmes économiques qui nous sont connus jusqu'à la fin de la féodalité en Europe occidentale étaient organisés selon les principes soit de la réciprocité ou de la redistribution, soit de l'administration domestique, soit d'une combinaison des trois » (p. 85). Ces principes étaient institutionnalisés à l'aide d'une organisation sociale. Même aux 15^{ème} et 16^{ème} siècles, lorsque l'action délibérée de l'Etat imposa le système mercantile au protectionnisme acharné des villes et des principautés, laissant le champ libre à un marché national, on eut également recours à l'intervention de l'Etat pour mettre fin aux dangers causés par le monopole et la concurrence. Le remède administré fut la réglementation totale de la vie économique à l'échelle nationale. Le système économique restait donc submergé dans les relations sociales générales : les marchés n'étaient qu'un trait accessoire dans le cadre institutionnel que l'autorité sociale maîtrisait et réglementait plus que jamais (p. 98-101). Aucune société, conclut-il, ne peut exister sans qu'un système assure l'ordre de la production et la distribution des biens, mais cela n'implique pas l'existence d'institutions économiques séparées : jusqu'il y a peu, dans l'histoire, l'ordre économique était simplement fonction de l'ordre social, qui le contenait (p. 106).

⁹⁸⁵ Certaines contraintes n'ont pas disparu: exploitation au travail, inégalités sociales, etc. D'autres ont été créées: asservissement par les appareils sociaux de production et d'organisation, maladies « de société », hétéronomie du travail moderne, chômage de masse, hétéronomie politique, hétéronomie jusque dans nos besoins et nos désirs, manipulations passionnelles, cognitives et matérielles exercées sur les individus, destruction des solidarités traditionnelles - même si celles-ci ne doivent pas être idéalisées -, privation des sens suite aux modes de travail, perte d'autonomie existentielle consécutive à la déqualification technique qui affecte les compétences de la vie quotidienne, etc.

⁹⁸⁶ En effet, des études ont montré que « plus » n'est pas toujours synonyme de « mieux », qu'avoir toujours plus engendre de moins en moins de satisfaction et que le bonheur ne suit pas la richesse : Jackson T., *Prospérité sans croissance*, De Boeck, 2010, p. 54-56.

⁹⁸⁷ G. Rist, *op. cit.*

pleine que le seul bien-être matérialiste⁹⁸⁸. On peut toutefois remarquer que même l'idéal de réalisation des droits individuels relève, dans les faits, en partie de l'ordre du matériel (le droit à la propriété primant fréquemment sur les autres). Par contre, des propositions selon lesquelles tout individu devrait pouvoir jouir d'un accès aux biens communs matériels et immatériels et d'un environnement de qualité figurant rarement parmi les priorités des politiques de développement classiques, elles doivent, selon ces réformistes faire l'objet d'une politique de développement durable. Aux yeux de ces défenseurs d'une conception plus large, plus écologiste et, à leurs yeux, plus humaniste du développement, les critiques émises par rapport à l'objectif de bien-être doivent porter davantage sur les modes de développement (croissance de la production, société de consommation, matérialisme et dégradations environnementales qui en découlent) que sur les finalités du développement ou, si elles portent sur celles-ci, elles doivent porter sur le fait que ces finalités sont le plus souvent oubliées⁹⁸⁹ et que les modes de développement, de moyens, sont, à tort, devenus les fins.

Mais les critiques du développement peuvent prendre d'autres formes, plus profondes. Certains, qui désavouent l'idée même de développement, rejettent *a fortiori* celle de développement *durable*. Pour ces critiques, la recherche du bien-être matériel est justement ce qui fait perdre aux individus la maîtrise de leur destinée. Ils refusent dès lors de considérer le bien-être matériel comme une composante du bonheur individuel, arguant que le lien social importerait plus que la santé, les biens matériels, l'éducation, etc.⁹⁹⁰ et qu'un sentiment d'accomplissement personnel serait possible dans la simplicité matérielle.

Certaines études réfutent énergiquement ce dernier point. Ces études indiquent ainsi que, sur l'ensemble de la planète, les individus se déclarent en moyenne plus heureux, selon les propres termes de ces derniers, lorsqu'ils ont atteint un certain niveau de bien-être matériel ; que, par contre, au-delà d'un certain niveau raisonnablement prospère, l'accroissement du revenu n'augmente pas le bonheur⁹⁹¹ ; et enfin que le bonheur est essentiellement une notion relative liée à la situation des autres. Le premier constat invite à la satisfaction d'un certain niveau de bien-être matériel. Le deuxième ne plaide pas pour une croissance indéfinie de la consommation, mais le troisième laisse augurer que plus certains s'enrichiront, plus leurs semblables souhaiteront les imiter pour se sentir « heureux ». On peut bien sûr s'interroger sur ce que mesurent ces études : les déclarations des personnes interrogées indiquent-elles une adaptation à leur situation, une

⁹⁸⁸ James Mill écrit pour se défendre d'une méprise trop courante : "le principe d'utilité prend en compte tous les ingrédients dont est composé le bonheur humain". Son fils, John Stuart Mill, contesta, dans le même sens, que le mot utilitarisme puisse désigner "le rejet ou le mépris du plaisir sous certaines de ses formes: la beauté, l'ornement ou l'amusement", cités par F. Vergara, *op. cit.*, p. 40.

⁹⁸⁹ Pour T. Jackson, *op. cit.*, p. 49-58, la prospérité nécessite les ressources matérielles élémentaires nécessaires à la vie (nourriture, eau, vêtements, logement, sécurité), mais comporte aussi des dimensions sociales et psychologiques (participer librement à la vie de la société, trouver un sens et un but à sa vie, avoir des responsabilités envers autrui, etc.). A. Sen résume ces différents aspects à travers les notions d'opulence, d'utilité et de *capabilités* d'épanouissement.

⁹⁹⁰ G. Rist, *op. cit.* En effet, des études ont montré que les personnes vivant avec des valeurs qui accordent la priorité à des objectifs qui les inscrivent dans leur communauté ou leur famille sont plus heureuses et aussi plus responsables sur le plan environnemental : Jackson T., *Prospérité sans croissance*, De Boeck, 2010, p. 54-56.

satisfaction globale, un contentement psychologique général, une conception réfléchie et construite du bonheur ? Ou sont-elles le résultat d'un conformisme, d'un conditionnement, d'un affaiblissement de l'instinct et du jugement critique causés par le confort, la consommation, la culture et la philosophie ambiantes?⁹⁹²

Nous ne prétendons pas interpréter ces études dans le cadre de cette recherche, mais, pour y ajouter un élément de réflexion, notons que de nombreux auteurs ont montré qu'avant les années vingt la plupart des gens produisaient encore l'essentiel de leur consommation, et qu'au début du vingtième siècle les travailleurs se contentaient de gagner juste assez pour satisfaire leurs besoins élémentaires et s'octroyer quelques plaisirs, après quoi ils préféraient voir augmenter leur temps de loisir plutôt que leurs heures de travail et leur salaire. Cela posait d'ailleurs problème aux industriels dont les stocks de marchandises s'entassaient dans les entrepôts. Ceux-ci entreprirent donc de créer une insatisfaction organisée, via la publicité et le marketing: crédits à la consommation, campagnes de publicité, bons de réduction, primes et cadeaux publicitaires transformèrent ainsi, au cours des années vingt, la culture de la frugalité en une culture de consommation massive⁹⁹³. Frédéric Lordon⁹⁹⁴ n'hésite pas à parler des *affects joyeux* de l'acquisition monétaire, de la consommation et du désir qui se fixe sur les marchandises, d'une *aliénation joyeuse* à la marchandise. Matthew B. Crawford⁹⁹⁵ ajoute que la tangibilité et la satisfaction que procure le shopping deviennent, pour nombre d'entre nous, une des seules confirmations de notre possibilité de produire des effets dans le monde, la culture de la consommation engendrant ainsi chez nous une illusion de liberté. André Gorz⁹⁹⁶ montre que l'astreinte au travail détruit la personne au point qu'elle en arrive à ne plus désirer qu'une seule chose: gagner plus, voire même travailler plus, parce qu'elle ne sait plus rien faire d'autre. L'argent est la seule compensation à cette vie gâchée. Au bout du compte, l'argent et les symboles qu'il permet d'obtenir valent mieux que la vie qu'on a dû leur sacrifier.

⁹⁹¹ D'autres études ont montré que, dans les économies les plus avancées, le niveau de satisfaction dans la vie est resté plus ou moins inchangé durant plusieurs décennies, en dépit de la croissance : aux Etats-Unis, le pourcentage de citoyens se déclarant heureux a décliné depuis le milieu des années 70, alors que le revenu réel par habitant a triplé ; au Japon, le niveau de satisfaction est resté similaire depuis plusieurs décennies ; au Royaume-Uni, le taux de satisfaction est passé de 52% en 1957 à 36% fin des années 2000. D'autres pays aux niveaux de revenus plus faibles obtiennent des niveaux de satisfaction supérieurs (Danemark, Suède, Irlande, Nouvelle-Zélande). Dans les pays à très faibles revenus, une modeste augmentation du PIB entraîne une forte augmentation de la satisfaction : T. Jackson, *op. cit.*, p. 54 ; voir également la *World Happiness Database* en ligne. Jackson en conclut que, dans les pays avancés, les rendements d'une croissance supplémentaire semblent très limités.

⁹⁹² Bruno S. Frey, Alois Stutzer, *Happiness and Economics*, Princeton, Princeton University Press, 2002. Certains n'ont pas hésité à affirmer que les personnes étaient incohérentes lorsqu'elles évaluaient leur bonheur.

⁹⁹³ J. Rifkin, *op. cit.*

⁹⁹⁴ F. Lordon, *Capitalisme et servitude*, Édition de la fabrique, 2010.

⁹⁹⁵ M. B. Crawford, *Éloge du carburateur. Essai sur le sens et la valeur du travail*, traduit de l'anglais par Marc Saint-Upéry, Coll. Cahiers libres, 2010.

⁹⁹⁶ A. Gorz, *Métamorphoses du travail. Critique de la raison économique*, Ed. Galilée, 1988.

Se situant un échelon plus loin encore dans la critique du développement, certains émettent des réserves par rapport à ces « invariants de la nature humaine » que constitueraient les besoins fondamentaux. Quels seraient en effet les besoins fondamentaux humains? S'agit-il des besoins naturels? Que sont pour l'homme ces besoins « naturels »? Certains considèrent que seule la société impose les besoins; d'autres estiment que le sacré constitue la préoccupation première; certains insistent sur la prééminence des liens symboliques dans l'existence sociale; d'autres refusent le réductionnisme naturalisant auquel conduit la notion de besoins fondamentaux; pour d'autres enfin, les références à l'épanouissement de la personne humaine et à l'élargissement de la gamme des choix individuels renvoient à des expériences individuelles et ne sont donc d'aucune aide: elles renvoient à la manière dont une personne ou un groupe de personnes se représentent les conditions idéales de l'existence sociale ; ce sont des mondes imaginaires qui varient selon les préférences individuelles et les orientations culturelles⁹⁹⁷. Ainsi, il en irait de la détermination des facteurs censés contribuer au bonheur personnel comme de la définition des indicateurs de développement : dans un cas comme dans l'autre, chaque facteur ou critère (possession de tel ou tel « bien » au sens large) n'aurait en soi aucune signification ; ce sont les individus et les cultures qui leur confèreraient un sens et qui y accorderaient plus ou moins d'importance, essentiellement en fonction des projets et des valeurs qui sont les leurs, et qui peuvent en outre varier dans le temps⁹⁹⁸. Or, certaines valeurs inhérentes au développement sont présentées comme le résultat d'un consensus social et politique, mais correspondent-elles réellement au projet de vie idéal de chacun? Et, s'il existe, ce projet collectif « idéal » de vie, ce « consensus social et politique » en faveur du développement n'entre-t-il pas en conflit avec d'autres valeurs et aspirations primordiales au sein de nos cultures⁹⁹⁹, menant en définitive à des individus et à des cultures schizophrènes?

De nombreuses autres objections ont été opposées aux valeurs qui fondent l'idéal de développement. Sur le plan matériel, le développement est en effet le résultat du progrès technique et du mythe prométhéen de domination de la nature. Or, pour certains, notre mode de vie et notre représentation du monde nous ont conduits à vivre dans un rapport de distorsion avec la nature et avec notre propre nature. A l'encontre de cette idée de progrès, d'autres soutiennent encore qu'aucune liaison nécessaire n'a pu être observée entre le progrès intellectuel et technique d'une part et le progrès moral et politique d'autre part. Ceux qui partagent l'opinion inverse mettent généralement en avant l'individualisme des droits de l'homme, la démocratie, les institutions judiciaires modernes, certaines réalisations dans le domaine des relations internationales, certaines avancées sociales. Ces derniers ont parfois fait du libéralisme économique et politique la forme achevée et indépassable de l'histoire humaine, et cette conviction a donné naissance à l'idée, controversée, selon laquelle le modèle de société libéral doit s'imposer partout dans le monde pour que tous les pays puissent accéder au « véritable »

⁹⁹⁷ G. Rist, *op. cit.*

⁹⁹⁸ Département Sciences Philosophies Sociétés, Université de Namur, *Petit Guide du développement durable*, article *Indicateurs* par Bertrand Hespel, p. 121-127.

⁹⁹⁹ D'où proviennent tous les contre-mouvements auto-protecteurs: législation sociale, réglementations diverses, pratiques protectionnistes, aspirations écologistes défavorables à l'assimilation de la nature, de l'homme (via le travail) et des ressources communes à des marchandises.

développement. Mais ce développement, s'il se poursuit, pourra-t-il rester, aux yeux des générations futures, synonyme de progrès?

De nombreux auteurs ont proposé des réponses à cette question. C'est principalement à partir des analyses d'André Gorz que nous développerons, dans les quelques pages qui suivent, plusieurs arguments en réponse à cette question fondamentale. Bien qu'elles datent respectivement d'une vingtaine (*Misères du présent. Richesse du possible*), d'une trentaine (*Métamorphoses du travail. Critique de la raison économique*) et d'une quarantaine d'années (*Critique de la division du travail*)¹⁰⁰⁰, ces analyses n'en brillent pas moins par leur actualité brûlante, et nous les privilégions ici, parmi celles de nombreux autres auteurs possibles, pour leur énoncé simple et lumineux.

Pour André Gorz, l'évolution actuelle semble en effet dans une impasse. Dans nos pays dits développés, un volume croissant de richesses est produit avec un volume décroissant de travail. Un nombre décroissant d'actifs se partage un volume décroissant de rémunérations et de salaires. Le pouvoir d'achat d'une proportion croissante de la population diminue; chômage, pauvreté, misère absolue se répandent à l'échelle du monde. Le capital cherche à s'accroître sans passer par la médiation du travail productif par des opérations sur les marchés financiers et les marchés de changes ou en investissant dans les pays à très bas salaires. Les activités et investissements non directement rentables à court terme (éducation, services et équipements publics, sauvegarde du milieu ambiant) cessent d'être finançables par suite de la contraction de la masse des salaires et en raison de exonérations fiscales que les États consentent au capital pour freiner son exode. Privatisation des services publics, réduction des dépenses et des prestations sociales s'enchaînent. Le fait que le travail reste la base sur laquelle sont assises les sommes redistribuées et dépensées par l'État est en effet un problème central. L'économie se trouve ainsi sur une pente où les sommes à prélever et à distribuer dépassent les sommes distribuées par et pour la production: c'est donc tout l'État et toute la société qui sont appelés à se disloquer. Durant la période de croissance extensive, l'industrie qui devait planifier ses investissements à l'avance avait besoin d'un État planifiant les infrastructures et les services publics indispensables. Mais avec le ralentissement et l'arrêt de la croissance, il lui a fallu se dégager des contraintes social-étatiques. Il importait donc que l'État se mette au service de la compétitivité des entreprises en acceptant la suprématie des lois du marché, dans une optique selon laquelle la poursuite de la croissance ne dépend que de l'accroissement des exportations. Or l'impératif de compétitivité conduit au divorce entre les intérêts du capital et ceux de l'État-nation. Diminution des salaires, démantèlement des protections sociales, explosion du chômage, précarisation de tous les emplois, détérioration des conditions de travail sont présentés comme inévitables et nécessaires pour accroître la concurrence, une concurrence internationale qui sert finalement d'alibi à la redistribution de bas en haut. Les choix politiques des États ne sont pris que dans l'espoir de freiner l'exode des capitaux sans territoire et d'attirer par le dumping social, fiscal, salarial les sièges sociaux des transnationales: la politique est soumise aux exigences de privatisation, de déréglementation, de réduction des dépenses publiques, des coûts sociaux et des salaires.

¹⁰⁰⁰ A. Gorz, *Misères du présent. Richesse du possible*, Galilée, 1997 ; *Métamorphoses du travail. Critique de la raison économique*, ED. Galilée, 1988 ; *Critique de la division du travail* (ouvrage collectif), Seuil, 1973.

Néanmoins, il faut masquer les réalités (comme le fait qu'il y a un excédent structurel de main-d'œuvre et une pénurie structurelle croissante d'emplois stables et à plein temps¹⁰⁰¹) et trouver des explications de rechange, par exemple à la montée du chômage et à la précarité de l'emploi: c'est ainsi que, clame-t-on, « les chômeurs ne cherchent pas vraiment », « ils n'ont pas d'aptitudes professionnelles suffisantes » et que la solution pour lutter contre le chômage devient « travailler plus »!¹⁰⁰² En d'autres termes, pour vaincre les vices structurels du productivisme technologique à l'origine du chômage (le raisonnement est également appliqué à la dégradation du milieu), on fait appel à ... davantage de productivisme technologique! Certains économistes ne doutent toutefois pas que l'on soit en marche vers un étranglement structurel du marché de l'emploi: ainsi, pour Jeremy Rifkin¹⁰⁰³, il est probable que la montée du chômage et la baisse du pouvoir d'achat continueront de gripper l'économie mondiale. Où résident donc le progrès et la soutenabilité de la tendance actuelle?

Les notions d'hétéronomie et de contre-productivité dans l'œuvre d'Ivan Illich expriment également l'impasse dans laquelle nous nous sommes installés¹⁰⁰⁴. La production y est poursuivie pour elle-même: « Des productions que l'on s'accorde généralement à considérer comme superflues et même nuisibles sont légitimées par le travail qu'elles fournissent à la population. La réduction de la durée de vie des objets, les gaspillages destructeurs de ressources naturelles non renouvelables (...): personne n'ose y remédier, car ils garantissent l'emploi »¹⁰⁰⁵. Cette production pour elle-même a pour conséquence des externalités graves, mais négligées pour la même raison : ainsi, la comptabilité nationale des indicateurs du niveau de vie « ignore la destruction des éléments non-marchands et surtout non-économiques du mode de vie (...) la

¹⁰⁰¹ En raison de la croissance de la productivité liée à l'automatisation, à l'informatisation et à la réorganisation « scientifique » du travail; en raison de l'écart entre l'offre et la demande d'emplois, la première croissant moins vite que la seconde (la seconde étant en croissance en raison du baby-boom et du travail des femmes); en raison du concurrentialisme exacerbé responsable de la dégradation des emplois existants.

¹⁰⁰² A. Gorz, *op. cit* (1997).

¹⁰⁰³ J. Rifkin, *op. cit*

¹⁰⁰⁴ I. Illich, *Œuvres complètes*, Fayard, 2005. « La grande question que pose Illich c'est celle de l'articulation entre le mode hétéronome et le mode autonome de production. Pour lui, il ne s'agit pas de nier que la production hétéronome peut vivifier intensément les capacités autonomes de production de valeurs d'usage. Son hypothèse est que cette « synergie positive » entre les deux modes n'est possible que dans certaines conditions très précises. Passé certains seuils critiques de développement, la production hétéronome engendre une complète réorganisation du milieu physique, institutionnel et symbolique telle que les capacités autonomes sont paralysées. Ce met alors en place ce cercle vicieux qu'Illich nomme contre-productivité : l'appauvrissement des liens qui unissent l'homme au monde et aux autres devient un puissant générateur de demande de substitut marchands qui permettent de survivre dans un monde de plus en plus aliénant tout en renforçant les conditions qui les rendent nécessaires. Résultat paradoxal : plus la production hétéronome croît, plus elle devient un obstacle à la réalisation des objectifs qu'elle est censée servir : la médecine détruit la santé, l'école bêtifie, le transport immobilise et les communications rendent sourd et muet » : J.-P. Dupuy, *op. cit.*, p. 42-43. Ainsi, par exemple, « les conditions dans lesquelles la médecine institutionnalisée serait au service de la capacité autonome des individus et des groupes de produire leur santé ne sont plus réalisées » (Ibidem, p. 47). Les écologistes ne sont pas pour la cause « rousseauistes » ou « anti Technique », mais ils dénoncent le fait que les hommes deviennent esclaves de leurs outils : « une société organisée autour de ses autoroutes crée plus de barrières qu'elle n'en supprime » (Ibidem, p. 38).

¹⁰⁰⁵ Ibidem, p. 34.

dégradation de la santé par les conditions de travail et d'environnement est oubliée (...) »¹⁰⁰⁶. Cette mécanique s'avère finalement contre-productive: « La peine et l'effort déployés à produire des machines qui elles-mêmes produiront d'autres machines, etc. dépassent bien souvent la peine et l'effort qu'elles économisent »¹⁰⁰⁷, et globalement irrationnelle: nous avons « creusé des trous pendant que d'autres s'efforcent de les combler »: « plus la productivité du travail progresse, plus notre société s'astreint à faire deux fois plus d'épingles en un temps donné plutôt que de faire une quantité d'épingles donnée en deux fois moins de temps »¹⁰⁰⁸.

Avant d'examiner quelles pourraient être les aspirations universelles qu'incarnerait la culture du développement, il convient de faire remarquer, une nouvelle fois à la suite d'A. Gorz, qu'on travaillait auparavant pour s'assurer le nécessaire; au-delà, le travail pouvait faire place au loisir. Le calcul se faisait entre le niveau de satisfaction (et l'agrément que procure un gain de temps) et l'effort additionnel requis pour élever ce niveau (et le désagrément qu'il entraîne): il était inutile de chercher le rendement maximal. D'où, comme on l'a souligné, la difficulté pour les premiers industriels d'obtenir un travail continu et à plein temps chez les ouvriers, un salaire attractif ne les motivant pas davantage. Ainsi, quand l'individu est libre de déterminer le niveau de ses besoins et le niveau de ses efforts, il semble qu'il tende à limiter ses besoins au niveau de ce qui lui paraît suffisant pour limiter ses efforts. Mais la catégorie du « suffisant » est une catégorie culturelle et non économique, et la dislocation de l'ordre traditionnel a eu pour effet de faire disparaître les catégories du « suffisant » et du « trop » (traditionnellement, l'envie, la convoitise, l'usure étaient intolérables) au profit des seules catégories actuelles du « plus » et du « moins ». Or, du point de vue du calcul économique, plus vaut mieux que moins. Le productivisme a besoin de reculer en permanence les frontières du suffisant et, pour susciter la *mimesis*, l'écart important entre la masse de la population et l'« élite » privilégiée permet de tirer vers le haut les désirs des autres couches et de façonner leurs goûts¹⁰⁰⁹. L'hypothèse d'une contamination culturelle de l'« impératif » de développement, et même d'une manipulation à cet égard, ne semble donc pas devoir être rangée au rayon des hypothèses simplistes des adversaires bornés du développement¹⁰¹⁰.

¹⁰⁰⁶ *Ibidem*, p. 32.

¹⁰⁰⁷ *Ibidem*, p. 31.

¹⁰⁰⁸ *Ibidem*, p. 34.

¹⁰⁰⁹ A. Gorz, *op.cit.* (1988).

¹⁰¹⁰ Comme le remarque J.-P. Dupuy, *op. cit.*, p. 38: les économistes, marxistes ou libéraux, estiment que la rareté originelle est la source de la violence. En produisant l'abondance, on ouvrirait les portes de la paix. Or la seconde partie de ce postulat est faux : les biens ne peuvent être équitablement répartis sans perdre leur valeur symbolique. Cette lutte dérisoire de consommateurs avides ne peut pas créer une société juste et pacifiée.

3) L'autonomie et la cohésion sociale, des valeurs centrales du développement durable

Aux yeux de la plupart de ceux qui se voient reconnaître la légitimité de s'exprimer sur ce sujet, le progrès des conditions de vie humaines n'en serait pas moins une réalité, et les valeurs inhérentes au développement réuniraient un large consensus. Certains, on l'a vu, rétorquent que ce progrès ou, du moins, certains de ses aspects se révèlent discutables confrontés à de nombreux paradigmes moraux et spirituels, y compris celui au sein duquel il s'est produit, tandis que d'autres dénoncent le caractère relatif de la notion d'épanouissement de la personne humaine. A tous ceux qui se donnent d'autres buts que le bien-être matériel, cependant, certains théoriciens présentent le développement comme « un processus par lequel les pays et les peuples comptent sur eux-mêmes et décident eux-mêmes des buts à atteindre »¹⁰¹¹. Ainsi, l'autonomie individuelle et l'autonomie des États, des peuples et des communautés figureraient parmi les objectifs théoriques ultimes du projet de développement.

L'autonomie

Pour les utilitaristes Jeremy Bentham et James Mill, l'idéal politique ultime résidait dans la maximisation du bonheur collectif, qui consisterait à réunir les conditions du plus grand bonheur de tous les individus. L'article 1 de la Déclaration des Droits de l'homme du 24 juin 1793 énonçait, dans cette ligne de pensée, que « le but de la société est le bonheur commun ». Comme l'objecta John Stuart Mill, il semble impossible de définir ce bonheur collectif. Un tel concept entraîne en effet la primauté du tout sur les parties : il risque de conduire au sacrifice de la liberté individuelle pour satisfaire à un standard de bien-être collectif. Il implique qu'une instance reçoive pour rôle de définir les normes d'utilité valables pour l'ensemble de la société. Le bonheur du plus grand nombre deviendrait ainsi une approximation du plus grand bonheur de tous. Or le bonheur peut-il être défini en dehors de la sphère privée ? Pour J. Stuart Mill, le rôle de la société est d'offrir aux individus le contexte et les moyens de poursuivre leur propre conception du bonheur, la réalisation de leur projet individuel. Le caractère irréductible des hommes les uns par rapport aux autres rend problématique l'application d'un modèle unique ou d'un petit nombre de modèles de bonheur à l'ensemble de l'humanité. Chaque homme est susceptible de concevoir pour lui-même un projet de vie¹⁰¹². C'est suivant cette philosophie que *le droit à la recherche du bonheur* fut inscrit par Thomas Jefferson dans la Déclaration d'indépendance américaine. La société aurait pour rôle, dans cette optique, de rendre possible la conciliation des autonomies individuelles, en intervenant seulement lorsque celles-ci entrent en conflit¹⁰¹³.

Cornélius Castoriadis est l'auteur d'une contribution majeure sur le thème de l'autonomie¹⁰¹⁴. Selon lui, « toute la population, sauf trois pour cents de privilégiés au sommet, aurait un intérêt personnel à la transformation radicale de la société dans laquelle elle vit. Mais ce que nous observons, depuis une cinquantaine d'années, c'est le triomphe de la signification

¹⁰¹¹ G. Rist, *op. cit.*

¹⁰¹² J. S. Mill, *De la liberté*, Gallimard, 1990.

imaginaire capitaliste, c'est-à-dire d'une expansion illimitée d'une prétendue maîtrise prétendument rationnelle, et l'atrophie, l'évanescence de l'autre grande signification imaginaire des temps modernes, c'est-à-dire de l'autonomie¹⁰¹⁵ ». C'est cette autonomie qu'il importe, selon lui, de rétablir. L'autonomie ne consiste pas à faire n'importe quoi, ni à laisser n'importe qui en faire de même, mais à se donner sa propre loi dans l'optique de créer une société instituante qui ne reste pas figée dans la *pensée héritée*¹⁰¹⁶. Pour reprendre ses termes, c'est à l'« auto-institution explicite et permanente d'une société » qui rende possible la liberté individuelle qu'il convient de travailler¹⁰¹⁷. Remarquons que Castoriadis ne met pas uniquement l'accent sur l'objectif de liberté individuelle, mais tout autant sur le projet d'instituer une société, sur la cohésion sociale. Il s'agit de créer l'avenir nous-mêmes par des procédures de démocratie directe « et non de poursuivre le présent sous la forme d'un futur déjà présent » et « soumis à des impératifs qui s'imposent à nous »¹⁰¹⁸. Pour ce faire, il convient de nous arracher aux diktats pulsionnels de notre inconscient, de rétablir un rapport harmonieux avec la vie en général, d'abolir toutes les formes de domination¹⁰¹⁹. L'imaginaire social de la société moderne a isolé la dimension rationnelle tout en l'imposant comme unique point de vue important sur les choses. Toute véritable transformation sociale exige donc une critique radicale du projet scientifique moderne, et surtout de la logique et de l'ontologie qui le fondent, en rétablissant la vertu de l'imaginaire¹⁰²⁰.

¹⁰¹³ Selon Mill, la seule raison légitime que puisse avoir une communauté pour user de la force contre un de ses membres est de l'empêcher de nuire aux autres : J. S. Mill, *Ibidem*, chapitre 4. John Rawls tient d'ailleurs le même raisonnement : il est possible, selon lui, d'agencer les projets individuels en fixant des règles minimales de justice : « La vie privée des individus est en quelque sorte un projet à l'intérieur du projet plus vaste qui est celui que réalisent les institutions publiques de la société. Mais ce projet plus vaste n'établit pas une fin dominante (...) à laquelle seraient subordonnés les objectifs de tous les individus et de tous les groupes » : J. Rawls, *Théorie de la justice*, Seuil, 1997. Son objectif, comme celui de Mill, était donc de préserver les libertés fondamentales et la stabilité de la société. Aujourd'hui, Amartya Sen définit lui aussi le développement comme « un processus d'expansion des libertés réelles dont jouissent les individus ». Dans cette optique, tous les facteurs réduisant l'autonomie des individus doivent être combattus. Objectif du développement, la liberté en est aussi le vecteur : les libertés fondamentales (liberté politique, éducation, santé...) contribuent selon lui au déclin de la pauvreté structurelle : A. Sen, *Un nouveau modèle économique*, Odile Jacob, 2003. Pour Rawls, Sen et d'autres auteurs, ce n'est pas l'égalité des libertés, conçues comme dans le libéralisme comme « protections contre » qui est recherchée, mais l'égalité d'accès des personnes aux moyens de leur autoréalisation. Ce n'est pas être protégé de toutes les ingérences extérieures, mais être doté de la capacité de mener un projet de vie : C. Arnsperger, *op. cit.*, p. 35.

¹⁰¹⁴ C. Castoriadis, *L'institution imaginaire de la société*, Seuil, 1999.

¹⁰¹⁵ *De l'autonomie en politique. L'individu privatisé*, Entretien avec C. Castoriadis par R. Redecker, précédemment publié dans *Le Monde diplomatique*, 2000.

¹⁰¹⁶ R. Simon, *Acheminement vers Cornélius Castoriadis et après : autonomie et communisation* (texte d'une conférence), 21/01/2006.

¹⁰¹⁷ Pas plus que le capitalisme, le communisme ne serait, pour C. Castoriadis, une solution vers cette autonomie collective et individuelle : « enfant du capitalisme », le communisme poursuivait en effet « les mêmes fins de développement industriel, de gestion et de destruction de la vie à des fins de production, de réduction des humains/humaines à leur labeur, à leur condition prolétarienne, et découlerait lui aussi sur un univers globalement administré » : *Ibidem*.

¹⁰¹⁸ *Ibidem*.

¹⁰¹⁹ *Ibidem*.

L'idéal d'autonomie du sujet humain est donc présenté comme au cœur de l'humanisme moderne. Une problématique centrale de l'idéal politique moderne, en théorie, est de créer un équilibre qui permette le respect des différentes autonomies individuelles. La prise en compte de la biosphère ajoute une dimension nouvelle à cet idéal politique et ferait la spécificité du développement durable. Comme le déclare S. Brunel, rejoignant ce que disait Mill de la démocratie : « Le développement durable existe lorsque les membres d'une société ont la capacité d'exercer leur libre arbitre sans compromettre l'intérêt général »^{1021 1022}.

Dans la réalité, cependant, on l'a dit, les stratégies concrètes de développement s'éloignent de ces finalités. Si l'utopie est au cœur de l'idéal de développement (libérer l'homme du besoin, lui rendre accessible ses désirs, lui offrir la Liberté), c'est souvent l'esclavage de l'homme « éduqué » (conditionné), productif et soumis aux idéologies sociales qui constitue la réalité dans laquelle le maintient cette utopie.

Frédéric Lordon¹⁰²³ montre ainsi que, par son système d'éducation, de formation et d'orientation, la société produit les images vocationnelles qui conditionnent les individus à désirer l'*enrôlement*. Il estime que l'on peut parler de totalitarisme face à une telle prise de contrôle sur l'intériorité des individus. Il montre également que le salariat est une servitude, même quand elle semble joyeuse et consentie, car le salarié n'a pas accès aux mêmes possibilités de jouissance que le « maître » - il est même éduqué à un rétrécissement de son désir -, ce qui ne serait pas le cas s'il était considéré comme associé. La division du travail entre les tâches de planification réservées à quelques-uns et les tâches d'exécution réalisées par le plus grand nombre, la nécessité de toucher son salaire comme moyen de reproduction matérielle et biologique, l'accès élargi à la consommation, les discours qui vantent l'épanouissement et la réalisation de soi dans et par le travail au service d'autrui sont des facteurs de servitude. Il n'hésite pas non plus à parler de *mythogénie* du diplôme: la seule véritable mission de celui-ci étant de certifier des « élites », c'est-à-dire de fournir des alibis à la répartition sociale des individus.

Matthew B. Crawford¹⁰²⁴ montre que notre environnement est souvent prédéterminé, que nous avons trop peu d'occasions de *faire* quelque chose, que cela conduit à nous rendre totalement hétéronomes sur le plan existentiel, car nous ne sommes plus capables de réaliser les gestes techniques nécessaires à notre survie (construire, entretenir, réparer) et, pourrait-on ajouter, les actes nécessaires à la survie de collectivités autonomes, solidaires et humaines (éducation parentale, vie de famille, agriculture de subsistance, confection d'un repas). Notre personnalité est en train d'être réorganisée dès le plus jeune âge en faveur de la consommation passive. La liberté

¹⁰²⁰ G. Gagnon, *A la recherche de l'autonomie : Cornelius Castoriadis*, in *Sociologie et sociétés*, vol. 14, n° 2, 1982, p. 113-118.

¹⁰²¹ S. Brunel, *Le développement durable*, Coll. Que sais-je ?, 2004.

¹⁰²² Par contre, le projet de faire société, la cohésion sociale sont souvent négligés par de nombreux théoriciens du développement comme du développement durable.

¹⁰²³ F. Lordon, *op. cit.*

¹⁰²⁴ M. B. Crawford, *op. cit.*

de choix, lorsqu'elle est invoquée, ne l'est que dans le cadre de la consommation, mais le développement de la capacité d'agir est étouffé dans l'œuf. Sur le plan anthropologique, l'organisation du travail abolit le travail au sens de *poiesis*, au sens d'intelligence des mains et du corps.

A l'échelle de l'entreprise, A. Gorz¹⁰²⁵ montre que la déqualification, la spécialisation parcellaire de l'ouvrier qui résulte de l'organisation du travail a pour but de couper les ouvriers des moyens de production et des produits de leur travail afin de supprimer chez eux toute prétention au partage des bénéfices et toute possibilité de redevenir autonomes dans un contexte concurrentiel¹⁰²⁶. Manifestement, le capitalisme reposerait sur des processus d'expropriation, tout comme, par le passé, la suppression de la propriété communale avait eu pour but de développer les cultures commerciales aux dépens des cultures vivrières et de l'autoconsommation, et de contraindre les paysans sans terre à se louer aux propriétaires.

Parmi les facteurs d'hétéronomie, on peut souligner encore la colonisation par la rationalité économique des aspirations non économiques, le fait que les masses expulsées de l'économie soient réduites à se mettre au service des « élites », l'inintelligibilité croissante de la société et le rétrécissement de la responsabilité individuelle par rapport aux buts de la production, celle-ci ayant été coupée de son sens pour devenir un moyen de gagner son salaire: le salaire étant devenu vital, les individus se trouvent en effet empêchés de discuter les enjeux de la production, leur énergie et leur besoin de satisfaction se tournant par compensation vers la consommation, symbole d'évasion d'autant plus qu'elle sera inutile.

Si l'autonomie semble donc bien, en théorie, au cœur des projets de développement et de développement durable, les conditions politiques, économiques, sociales et culturelles de l'autonomie individuelle sont loin d'être réalisées¹⁰²⁷, et les conditions économiques et politiques d'une autonomie des États, des peuples et des communautés semblent tout aussi éloignées (voire même faire l'objet d'une moindre légitimité).

La cohésion sociale

A côté de l'« évanescence de la signification imaginaire des Temps modernes que constitue l'autonomie » dont on vient d'épingler quelques manifestations, C. Castoriadis déplorait le « triomphe de la signification imaginaire capitaliste ». Selon celle-ci, la liberté est le moteur de l'économie et le marché est le principal régulateur politique. D'après la théorie libérale, écrit A. Gorz, les individus poursuivent leurs fins individuellement et à l'insu les uns des autres. Si leurs actions reçoivent, dans leur résultat extérieur, une certaine cohérence, celle-ci n'est que l'effet du

¹⁰²⁵ A. Gorz, *op. cit* (1973).

¹⁰²⁶ Cette situation n'existait pas à l'époque des corporations: chaque métier était un savoir-faire complet aboutissant à la maîtrise du produit entier, la concurrence était interdite et seuls des gains modestes étaient perçus.

¹⁰²⁷ Sur le même sujet, voir également M. Blay, *Penser ou cliquer ?*, Paris, CNRS éditions, 2016.

hasard: elle n'a ni sens, ni finalité. La société qui résulte des activités économiques doit donc être laissée au hasard. En d'autres termes, le politique doit abdiquer en faveur du marché. Le seul intérêt commun (donc le seul lien social) est l'intérêt des individus d'être protégés contre toute contrainte entravant leur liberté d'agir selon leur intérêt. Le corrélat de la liberté des individus à poursuivre leurs intérêts, c'est donc leur irresponsabilité envers la société: les hommes n'étant pas considérés comme bons, cette situation est vue comme la moins mauvaise. Dans cette perspective, marché et société se révèlent bien antinomiques, car le droit de chacun à poursuivre souverainement son avantage implique qu'aucune contrainte ou restriction ne lui soit imposée au nom d'un intérêt supérieur de la société. Le refus d'État propre à l'idéologie libérale est donc manifestement un refus de société. Mais, de fait, le marché est une institution dont le fonctionnement exige l'observation de certaines règles: on quitte alors le terrain fantasmé de l'autorégulation spontanée pour entrer dans celui de la réglementation ou de l'hétérorégulation programmée. Mais programmée dans quel sens? Pour cet auteur, l'idéologie libérale est le résultat d'une régression de la pensée libérale depuis 150 ans. Cette idéologie postule, contrairement à la pensée libérale classique, que l'entrepreneur est créateur de société et de culture parce qu'il a le génie de dénicher sans cesse de nouveaux besoins: l'entrepreneuriat, l'innovation doivent donc être sans cesse encouragés et soutenus par des politiques appropriées afin que plus rien ne limite la rationalité économique. Pour Gorz, les conséquences de cette vision se manifestent aujourd'hui dans la destruction de la biosphère.¹⁰²⁸

Il est évident aujourd'hui que l'agrégation des préférences individuelles ne définit pas des préférences collectives allant dans le sens du développement durable¹⁰²⁹ et il est évident, devons-nous ajouter, que les régulations mises en œuvre pour encadrer le fonctionnement du marché n'y conduisent pas non plus. Non seulement la liberté individuelle doit être limitée par l'intérêt général, mais il s'agit également de faire redéfinir l'intérêt général par l'ensemble des intéressés (et de le redéfinir en fonction des limites écologiques). Pour Polanyi, le but du socialisme est d'étendre aux autres la liberté acquise par quelques-uns, ce qui ne manque pas de susciter, auprès des classes privilégiées des réactions offusquées (exprimées en termes d'atteinte à la liberté, de nivellement par le bas, d'un déni des lois de la nature, ...). Cela implique certainement que ces classes aisées doivent réduire leurs propres loisirs, revenus, etc., répond cet auteur, mais cela ne signifie pas que la condition nouvelle sera moins libre que l'ancienne¹⁰³⁰.

Car la rationalité économique n'est qu'une rationalité tronquée: il s'agit d'une rationalisation sélective et partielle, irrationnelle dans son élévation au rang d'unique rationalité. Aujourd'hui, beaucoup de nos besoins sont couverts ou pourraient l'être moyennant une meilleure répartition. Et beaucoup de nos besoins insatisfaits (d'air, d'eau, de silence, d'espace, de beauté, de contacts humains, d'assistance et de soins, etc.) pourraient être comblés non pas en produisant plus, mais en produisant autrement, autre chose - et probablement même moins. Il convient en effet de se demander *pour quoi* travailler? *Pour quoi* produire? La logique de la rationalisation

¹⁰²⁸ A. Gorz, *op. cit.* (1988).

¹⁰²⁹ B. Burgenmeier, *Economie du développement durable*, De Boeck, 2004, p. 45.

¹⁰³⁰ K. Polanyi, *op. cit.*, p. 327.

économique réside dans le maximum d'efficacité et de profit, ce qui implique le maximum de rendement et de production, ce qui nécessite le maximum de consommation: elle n'est donc au service d'aucun but déterminé, au sens de projet de vie ou de projet de société.¹⁰³¹

Une seconde signification imaginaire de la Modernité réside dans la neutralité de la rationalité scientifique. Or la rationalité scientifique est aujourd'hui en partie au service de la rationalité économique. Comme le montrent deux auteurs déjà cités¹⁰³², unanimes sur cette question, la division du travail est présentée comme le résultat de la science et de l'évolution des techniques, comme le résultat de nécessités objectives¹⁰³³. Mais la technologie n'est pas neutre. Elle résulte d'une logique d'optimisation de l'efficacité, et son développement actuel résulte en partie du souci de croissance de la productivité et des bénéfices, c'est-à-dire des intérêts de l'accumulation capitaliste. Les technologies actuelles ont donc incontestablement un contenu de classe. Elles ne peuvent pas être considérées comme étant au service des travailleurs. Certains estiment que la technologie pourrait libérer l'homme du travail et des privations. Cette vision pourrait en effet être à portée de main, mais les inégalités de répartition du travail et des revenus l'empêchent de se concrétiser. Cet idéal ne fut peut-être même jamais réellement à l'agenda politique si on en croit la monopolisation, et même, dans une certaine mesure, la confiscation de la science par les élites, le fait que les « créatifs » (journalistes, chercheurs, ...) se mettent parfois au service de volontés étrangères à eux-mêmes à laquelle ils se vendent, ou encore le fait qu'historiquement, les entreprises ont fait, à un moment donné, le choix de la technologie en partie pour se débarrasser des ouvriers rebelles et du poids, un moment considérable, des syndicats.

A côté de l'autonomie, la cohésion sociale, qui renvoie à l'idée d'un groupe fortement solidaire et intégré qui définit et partage des buts communs, est tout aussi fondamentale pour les êtres humains et les sociétés. Contrairement à ce que laissent penser de nombreux discours en faveur de la liberté individuelle, l'autonomie individuelle sans ancrage social et sans projet élaboré en commun est une illusion tant d'un point de vue existentiel, qu'économique ou politique¹⁰³⁴.

Malheureusement, cet objectif de cohésion sociale est relativement marginalisé dans les débats sur le développement durable : l'aspect social du développement est souvent réduit à l'accès aux besoins essentiels ou à la lutte contre la pauvreté. Après les *Objectifs du millénaire*

¹⁰³¹ A. Gorz, *op. cit.* (1988).

¹⁰³² J. Rifkin, *op. cit.* et A. Gorz, *op. cit.*

¹⁰³³ K. Polanyi, *op. cit.*, a démontré à partir de l'ethnologie que la division du travail provient en réalité des différences inhérentes aux sexes, à la géographie et aux dons individuels (p. 72). Il explique, à partir de l'histoire des marchés, qu'à plus grande échelle, la division du travail est née de la localisation géographique des biens et que ce sont cette répartition géographique des biens et cette division du travail qui sont à l'origine du marché au long cours (p. 90).

¹⁰³⁴ T. Jackson évoque une « régression sociale » de la société occidentale (anxiété, dépression, apathie politique, baisse de confiance dans la société, ...). Une partie de l'explication de ce phénomène se trouverait dans l'érosion des communautés géographiques. « L'indice de solitude » aurait augmenté partout. Selon certaines analyses, la mobilité (en d'autres termes, le mode de vie imposé par la croissance) en serait une des causes : T. Jackson, *op. cit.*, p. 23.

pour le développement, les Nations Unies ont adopté en septembre 2015 des *Objectifs de développement durable* : parmi ces 17 objectifs figurent explicitement la croissance économique et l'innovation¹⁰³⁵, alors que la cohésion sociale n'en fait pas partie. Or les aspects liés à la lutte contre la pauvreté ou contre les inégalités et les politiques visant les institutions ou la justice, qui figurent également parmi ces objectifs, ne créent pas automatiquement de la cohésion sociale et n'épuisent pas la dimension sociale du développement¹⁰³⁶.

4) Juger les pratiques de propriété intellectuelle au regard des critères d'autonomie et de cohésion sociale

Quel est le lien entre cette question immense et fondamentale et la propriété intellectuelle ? Pour être conforme à l'idéal du développement durable au sens où nous l'avons défini, et puisque sa justification économique est d'être un incitant à l'innovation, la protection de la propriété intellectuelle devrait être pensée de façon à promouvoir des innovations résultant de préférences collectives allant dans le sens de modes de vie respectueux de l'autonomie des collectivités et des individus et respectueux de la cohésion sociale. Il serait impératif également de ne plus s'en tenir à une conception tronquée de la justice faisant de l'innovateur et du producteur les principaux créateurs de bien social¹⁰³⁷ méritant, selon une conception de la justice présentée comme utilitariste, la protection que confère la propriété intellectuelle¹⁰³⁸. Ainsi, il convient de s'assurer que l'autonomie légitime des non-détenteurs de droits de propriété intellectuelle est préservée¹⁰³⁹, comme il convient de tenir compte des victimes éventuelles des droits de propriété intellectuelle et du progrès technique promu par ces droits¹⁰⁴⁰.

5) L'objectif de soutenabilité implique-t-il la croissance ou la décroissance de l'économie?

Le lien entre propriété intellectuelle et développement durable suscite une autre interrogation fondamentale. La propriété intellectuelle est présentée comme un stimulant à l'innovation. Les politiques qui préconisent de fonder l'économie sur la course à l'innovation le font dans une optique de croissance de la production et de la consommation. Or beaucoup craignent que la croissance indéfinie ne soit un obstacle au développement durable pour des

¹⁰³⁵ Selon les Nations Unies, « les objectifs de développement durable visent à encourager une croissance économique soutenue en tirant la productivité vers le haut et en innovant sur le plan technologique » : <http://www.un.org/sustainabledevelopment/fr/objectifs-de-developpement-durable> (consulté le 29/02/2016).

¹⁰³⁶ L. Sébastien, C. Brodhag, *A la recherche de la dimension sociale du développement durable*, in *Développement durable et territoires*, dossier 3, 2004 ; J. Ballet, J-L Dubois, F-R Mahieu, *A la recherche du développement socialement durable : concepts fondamentaux et principes de base*, in *Développement durable et territoires*, dossier 3, 2004.

¹⁰³⁷ L'efficacité de l'*open innovation* en témoigne.

¹⁰³⁸ De même que, note J. Rifkin, *op. cit.*, l'idée que les gains de productivité apportés par les nouvelles technologies appartiennent légitimement aux actionnaires et aux directions des entreprises est soutenue sous prétexte que la contribution des investissements au succès des entreprises serait supérieure à celle des travailleurs.

raisons environnementales¹⁰⁴¹. Aborder cette question est donc également indispensable pour déterminer si les pratiques de propriété intellectuelle vont dans le sens d'un développement durable.

Croissance et développement sont deux phénomènes distincts. L'une désigne l'augmentation des quantités produites, indépendamment de leur qualité et de leurs impacts sociaux et écologiques. L'autre concerne les aspects qualitatifs du bien-être humain. L'usage souvent indifférent de ces deux termes et la confusion qui en résulte révèlent la tendance qui a longtemps consisté à réduire le développement à la croissance. Cette confusion s'explique avant

¹⁰³⁹ Alors que c'est justement l'objectif inverse que vise la propriété intellectuelle. A. Gorz, *op. cit.* (1973) souligne ainsi le lien entre la propriété intellectuelle et la naissance du capitalisme. Il prend l'exemple des tisserands. Au départ, ceux-ci filaient dans leur maison. Puis, ils se mirent à travailler pour des entrepreneurs qui leur avançaient les matières premières et le salaire. Dans un premier temps, l'artisan continuait à travailler comme avant, sauf que le produit de son travail ne lui appartenait plus: il était la propriété du capitaliste. Par la suite, pour obtenir davantage de discipline, réaliser davantage de contrôles, augmenter les rythmes et allonger la durée de travail, le système des fabriques fut adopté. Le producteur s'est retrouvé subordonné non plus uniquement par des rapports marchands, mais par des rapports techniques de production. Le droit de la propriété intellectuelle n'y est pas étranger. Inventions et améliorations (par exemple sur les métiers à tisser) faisaient en effet l'objet de commerce. Or, dans les maisons, il était impossible de détecter et de punir les fraudes sur les brevets. C'était par contre plus aisé dans les fabriques. De nombreux perfectionnements n'étaient d'ailleurs même pas brevetables, mais ils ne pouvaient être monnayés que dans le cadre de l'organisation capitaliste des fabricants, favorisant ceux qui disposaient de sommes suffisantes et contribuant à la polarisation des classes productrices en patrons, détenteurs de moyens de production, et ouvriers.

¹⁰⁴⁰ Parmi ces victimes, certains comptent les pays en développement. Selon certains auteurs, en effet, l'harmonisation et le renforcement de la propriété intellectuelle ne sont généralement pas favorables à ces pays : « D'une part, les titulaires de brevets dans ces pays sont en grande majorité des ressortissants des pays industrialisés. D'autre part, la mise en œuvre du système actuel de brevet n'est pas favorable au transfert de technologie et donc au développement des pays du Sud » : S. Yamthieu, *Brevet et politiques de développement : regards sur l'exploitation locale des droits*, in *Revue internationale de droit économique*, 2014/4, p. 453-459. Les économistes américains Joseph Stiglitz, Jeffrey Sachs, ou encore James Allworth ont montré pour leur part qu'empêcher l'imitation limiterait les transferts technologiques entre les pays riches et pauvres. Une recherche récente suggère qu'une protection asymétrique, faible dans les pays pauvres et forte dans les pays riches, serait préférable dans bien des cas ; d'après les auteurs de cette étude, les États-Unis au XIXe siècle, le Japon, la Corée du Sud et Taïwan au XXe siècle, et plus récemment la Chine et de l'Inde ne se seraient jamais développés s'ils avaient respecté un accord tel que l'ADPIC : Auriol E., Biancini S., Paillacar R., *Intellectual Property Rights Protection and Trade*, CEPR Discussion Papers, n° 10602, 2015 et *Universal Intellectual Property Rights: Too Much of a Good Thing?*, CEPR Discussion Papers, n° 4292, 2013 ; *Quand la propriété intellectuelle entrave le développement*, in *Le Monde.fr*, 15/10/2012. La justification classique de l'harmonisation de la propriété intellectuelle est pourtant que « si les droits de propriété industrielle sont protégés, les détenteurs de technologies sont plus enclins à accorder des licences et à transférer leurs technologies » : Henry G., Ruet J., Wemaëre M., *Développement durable et propriété intellectuelle. L'accès aux technologies dans les pays émergents*, 2015, disponible en ligne sur le site de l'INPI. Pour l'OMPI, il ne fait aucun doute que dans les pays en développement comme dans les pays avancés, la propriété intellectuelle est moteur de la croissance économique et que les arguments des détracteurs de la propriété intellectuelle sont erronés : voir K. Idris (directeur de l'OMPI), *La propriété intellectuelle, moteur de la croissance*, disponible en ligne sur le site de l'OMPI. Un chercheur prudent conclut de ces positions diamétralement opposées que la relation entre l'ADPIC et l'innovation est encore indéterminée, mais qu'en tout cas l'analyse des mécanismes de l'économie post-ADPIC doit être menée de façon différenciée selon les contextes propres à chaque pays. Il ajoute toutefois que certaines recherches montrent que l'ADPIC n'aurait pas produit une croissance des inventions, que toutes ces recherches indiquent plutôt une grande circonspection quant à la pertinence empirique d'une liaison simple entre brevet et développement, ou entre plus de brevets (système de brevet fort) et plus de développement, et cite ces mots de Stiglitz : « L'effort actuel pour imposer aux pays en

tout par le fait que le phénomène de croissance est plus aisément mesurable qu'un développement qualitatif. Cette remarque renvoie à la difficulté, soulignée plus haut, de mettre au point des indicateurs satisfaisants du développement. Elle résulte en outre de l'idée qu'une croissance économique durable engendre automatiquement un développement humain équilibré¹⁰⁴² : pour les défenseurs de la croissance, l'opulence est une condition de l'épanouissement ; la croissance est corrélée avec certains droits élémentaires essentiels à la prospérité et la croissance est nécessaire pour la stabilité économique et sociale. Or on sait aujourd'hui que la croissance n'est qu'un moyen possible, et non suffisant, du développement : en effet, le développement économique concerne également le problème de la répartition. Et celle-ci est loin d'être égalitaire¹⁰⁴³. Sur cette question de la répartition, la théorie néoclassique part du principe selon lequel seule la libéralisation du commerce international peut permettre la transmission du progrès technique et de la croissance économique entre les pays, réduisant ainsi l'écart de revenus entre le Nord et le Sud tout en augmentant la production mondiale. Bien que dominante, cette théorie ne fait pas l'unanimité, l'accroissement quasi général des inégalités internes aux États en étant le principal argument.

Le Rapport mondial sur le développement humain du PNUD (Programme des Nations Unies pour le développement) reconnaissait, en 1992 déjà, qu'au niveau national, seules des politiques *volontaristes* étaient à même d'engendrer, au sein des États, une relation de cause à effet entre la croissance économique et un développement humain équilibré. Aujourd'hui, l'impératif de compétitivité et les crises des finances publiques freinent plus que jamais ces politiques volontaristes. Ce rapport relevait plusieurs préjugés courants sur les relations entre croissance économique et développement, notamment le postulat selon lequel la croissance rapide de l'économie devrait éradiquer la pauvreté et les inégalités, et l'idée selon laquelle l'abondance

développement la camisole de force d'une harmonisation des politiques est totalement injustifié au vu des données dont nous disposons » : Le Bas C., *Droits de propriété intellectuelle et développement. Quelques repères et analyse préliminaires sur l'économie post-TRIPS*, in *Mondes en développement*, 2009/3 (n° 147), p. 45-58.

¹⁰⁴¹ Plus exactement, les critiques de la croissance portent sur trois points que nous allons développer dans les pages qui suivent : la répartition inégale des avantages qui découlent de la croissance de l'économie ; la « *régression* sociale » qui touche les pays avancés ; et la question des limites écologiques : T. Jackson, *op. cit.*, p. 23.

¹⁰⁴² Cette conception voudrait que les facteurs économiques soient à l'origine du développement culturel et social et fait de la croissance une condition nécessaire et même le plus souvent suffisante du développement. C'est ce que l'on a appelé *l'économie des retombées*. Un Prix Nobel, Somn Kuznets, a affirmé qu'aux premiers stades du développement, l'inégalité augmentait, et que la tendance s'inversait ensuite. Un autre Prix Nobel, Arthur Lewis, a soutenu que l'inégalité était bonne pour le développement puisque le riche épargne plus et que la clé de la croissance est l'accumulation du capital : J. Stieglitz, *op. cit.*, p. 115.

¹⁰⁴³ Selon un rapport récent du PNUD, *L'humanité divisée. Combattre les inégalités dans les pays en développement*, nov. 2013, disponible sur le site du PNUD : actuellement, 1% de la population contrôlerait 40% des richesses du monde, tandis que la moitié la plus pauvre de l'humanité ne contrôlerait guère plus de 1% des richesses. En 2016, le site du PNUD indique que les 10 % de personnes les plus riches percevraient près de 40 % du total des revenus mondiaux, tandis que les 10 % de personnes les plus pauvres ne gagneraient qu'entre 2 à 7 % du total des revenus mondiaux : <http://www.undp.org/content/undp/fr/home/sdgoverview/post-2015-development-agenda/goal-10.html> (consulté le 1/03/2016). Il va de soi que les fortes inégalités vont au-delà des questions de revenus.

des biens et des services entraînerait automatiquement une amélioration de la qualité de vie. Il soulignait au contraire que l'abondance de biens semble ne pas empêcher une qualité de vie médiocre, et constatait l'existence fréquente d'un développement « disharmonieux » faisant coexister une croissance économique élevée et un faible développement humain ou un développement humain satisfaisant et une croissance économique très faible. Il reconnaissait donc qu'un développement humain à court terme était possible en l'absence de croissance économique, mais il concluait – quittant ici l'analyse des faits présentés pour reprendre le postulat néoclassique - que seule la croissance économique à long terme, accompagnée de politiques appropriées, pouvait permettre une amélioration rapide et durable du développement humain.

Ce rapport témoigne du fait que la position des institutions a évolué : la croissance reste une nécessité dans l'optique du développement économique¹⁰⁴⁴, mais une *condition non suffisante* d'un développement humain et durable. Les institutions recommandent désormais d'éviter une croissance déséquilibrée, c'est-à-dire une croissance qui ne générerait pas d'emplois, une croissance « sans égards » (dont tous les fruits se concentreraient dans quelques mains), sans droit à la parole (cette question renvoie à la démocratie et au choix de la destinée individuelle), sans racines culturelles, ou encore sans avenir (ce qui est le cas lorsqu'on dilapide les ressources des générations futures). Les pays de l'OCDE sont ainsi invités à veiller à maintenir une croissance régulière compatible avec l'emploi, l'équité et les modes de vie, les pays en développement à croissance rapide à assurer la durabilité de leur croissance tout en améliorant sa qualité, et les pays à faible développement humain à accélérer la croissance économique afin de disposer des ressources nécessaires au développement humain élémentaire. De nombreuses institutions nationales et internationales prétendent de cette façon corriger les erreurs de la théorie économique dominante, tout en conservant l'impératif de croissance qui serait indispensable pour augmenter le bien-être individuel et financer les services d'intérêt général qu'impliquent les objectifs du développement, et considèrent même de plus en plus le développement humain comme une autre condition nécessaire au maintien d'une croissance durable. Amartya Sen, par exemple, après avoir analysé des cas de réussites économiques en Asie et plus particulièrement la situation du Japon, constatait en effet que ce pays avait, dès le milieu du XIX^{ème} siècle, un taux d'alphabétisation plus élevé qu'en Europe et une politique de santé publique très développée, alors qu'il n'avait pas encore engagé sa révolution industrielle. Et il conclut : « Cette approche contredit – et d'une certaine manière elle sape – la conviction partagée par de nombreux experts, selon laquelle le « développement humain » (ainsi que l'on désigne souvent les politiques en faveur de l'éducation, de la santé et de l'amélioration des conditions de vie en général) est un luxe inaccessible, sauf aux pays les plus riches ». Au contraire, tout laisse penser que ces réussites économiques asiatiques n'ont pu voir le jour que parce que des efforts avaient été faits auparavant sur le plan du développement humain¹⁰⁴⁵. D'autres exemples révèlent que le développement humain peut augmenter plus vite que les revenus et peut même s'accroître en présence d'une

¹⁰⁴⁴ Des économistes contemporains ont bien montré que l'économie moderne est condamnée, du moins sans rupture politique majeure avec le système tel qu'il s'impose actuellement aux Etats, à poursuivre la croissance continue parce que les investissements encourus donnent lieu à des intérêts remboursables : la croissance s'avère donc nécessaire pour les rembourser.

¹⁰⁴⁵ A. Sen, *Un nouveau modèle économique*, Odile Jacob, 2003.

récession économique prolongée ou sévère ou d'un revenu faible par habitant. Ainsi, au Chili, l'espérance de vie est aussi élevée que dans les pays avancés ; à Cuba, la mortalité infantile est aussi faible qu'aux États-Unis ; au Kazakhstan, le taux de participation à l'enseignement est meilleur qu'au Japon, en Suisse ou aux États-Unis¹⁰⁴⁶. Le haut niveau de développement social atteint par l'État du Kerala, en Inde, est lui aussi devenu légendaire : il semblerait que son niveau de développement humain s'explique par ses succès dans les secteurs de la santé et de l'éducation, le moteur étant donc l'action publique, rendue possible grâce au dialogue social¹⁰⁴⁷.

Les enseignements à tirer de ces exemples ne sont malheureusement pas toujours pris en compte dans les politiques : en pratique, l'accent politique est mis plus que jamais sur l'impératif de croissance à réaliser au moyen d'investissements technologiques, sur la compétitivité et, sous la menace de récessions, sur les coupes sèches à opérer dans les budgets destinés au développement humain et à la répartition.

Se fondant sur un certain nombre de critères, beaucoup d'économistes et de politiques jugent que le développement ne peut pas ne pas être perçu comme ayant été, jusqu'ici, profitable à l'humanité, même s'il est certes nécessaire d'y apporter encore des améliorations. En effet, comme le résume par exemple Sylvie Brunel, la proportion de la population mondiale considérée comme extrêmement pauvre a été réduite de moitié malgré la croissance démographique. Des progrès ont été réalisés en matière de santé (variole, polio, vaccinations, mortalité infantile, accroissement de l'espérance de vie, accès à l'eau). La part des pays en développement dans la production industrielle mondiale a crû. Les inégalités, les problèmes, les vulnérabilités subsistent (s'accroissent), mais certains pays sont sortis du « sous-développement », et bien d'autres ont vu le niveau et la qualité de vie d'une grande partie de leur population s'améliorer: « Nous sommes passés d'un monde où toutes les civilisations avaient à peu près le même niveau de revenu (faible), une espérance de vie similaire (basse), une forte vulnérabilité aux aléas naturels, avec des crises de subsistance fréquentes, à un monde où un certain nombre de sociétés se sont arrachées à la pauvreté, permettant à la majorité de leurs membres de vivre dans la sécurité, tandis que d'autres s'y maintenaient, creusant l'écart entre les bénéficiaires et les exclus ». Des progrès ont été accomplis au niveau des conditions de vie de certaines populations, tout cela en partie grâce à la croissance économique, en partie grâce aux mécanismes de redistribution¹⁰⁴⁸. Comment, d'ailleurs, dans le cas contraire, comprendre l'espoir des millions d'êtres humains qui ont pris part aux exodes ruraux, l'espoir des immigrants politiques et économiques qui s'embarquent, souvent au péril de leur vie, vers les pays occidentaux?¹⁰⁴⁹

Cet optimisme ne tient toutefois pas compte des limites de la croissance et des dégâts environnementaux liés à notre organisation sociale. Et s'il n'en tient pas compte, c'est parce qu'il postule généralement que ces problèmes, secondaires, pourront être réglés au fur et à mesure de la

¹⁰⁴⁶ T. Jackson, *op. cit.*, p. 68-69.

¹⁰⁴⁷ On pourrait également citer la faible empreinte écologique et l'indice de développement humain satisfaisant (santé, éducation) de Cuba, malgré de possibles objections.

¹⁰⁴⁸ S. Brunel, *op. cit.*

croissance de la production et du développement technologique. Or que signifie concrètement une économie de la croissance ? La production des biens et des services représentait 6000 milliards de dollars en 1950 ; elle a crû à 43000 milliards de dollars en 2000. Une croissance mondiale de 3% par an conduirait à quadrupler la production pour atteindre 172000 milliards de dollars au cours du prochain demi-siècle¹⁰⁵⁰. Ce mode de développement, orienté vers la croissance, fondé sur l'accumulation et la consommation matérielle, ainsi que sur les rejets et déchets correspondants, n'est évidemment pas soutenable à long et même à moyen termes. Comme le résume Tim Jackson, la croissance est confrontée au problème des *sources* (60% des services écosystémiques ont été dégradés ou surexploités depuis le milieu du 20^{ème} siècle) et au problème des *puits* (c'est-à-dire à la capacité de la planète à assimiler les impacts environnementaux). Pourtant, ni ces problèmes, ni l'exposé des scénarios liés aux modifications climatiques, à l'eutrophisation des eaux, aux effets des accidents nucléaires, au problème de manque d'eau, etc., ne semblent susciter de réaction collective d'envergure¹⁰⁵¹ capable de faire naître une volonté politique forte de tempérer cet objectif de croissance¹⁰⁵² malgré des effets d'annonce répétés. Les politiques en matière de lutte contre les changements climatiques ou en matière de gestion du nucléaire, pour prendre ces deux exemples fortement médiatisés, en témoignent.

Certains prévoient que la généralisation de notre modèle de croissance est matériellement impossible, moins, d'après les plus optimistes, pour une raison de pénurie inéluctable de

¹⁰⁴⁹ Cet optimisme peut être tempéré, car l'analyse exclut d'autres critères fondamentaux. L'état de départ décrit ci-dessus, sans être pour autant enviable, était l'état naturel de l'homme face auquel il s'était construit des repères culturels et spirituels et qui s'inscrivait dans un équilibre social et naturel dont il faisait partie. Aujourd'hui, l'hétéronomie, l'asservissement aux besoins et aux tyrannies politiques ont pris d'autres formes, même au sein des pays nantis. Les problèmes de santé résolus ont fait place à de nouveaux problèmes de santé directement liés aux modes de vie et aux médicaments, des pathologies nouvelles qui se trouvent dans la situation ambiguë d'entretenir la croissance du business de la santé. Quant à l'attrait de l'immigration économique, il tient sans nul doute à la misère de masse à laquelle a fait place, depuis l'avènement du « développement », la pauvreté généralisée, à la dislocation des repères culturels traditionnels et à la médiatisation des modes de vie des plus nantis.

¹⁰⁵⁰ L. Brown, *Eco-economy. Building an economy for the environmental age*, Norton and Company, New-York, 2001.

¹⁰⁵¹ Cette absence de réaction peut être expliquée par de nombreuses causes: satisfaction béate de certains; incompréhension globale face à notre organisation économique, juridique, technique, scientifique ; manque de sens critique face à l'information contradictoire; incapacité politique de fait; besoin matériel de toucher son salaire pour subsister; « décérébration » consécutive aux modes de vie et aux rapports de domination; manipulations cognitives, affectives, politiques; fatalisme...

¹⁰⁵² Une population stabilisée devrait, affirme-t-on parfois, logiquement voir sa consommation alimentaire stabilisée à un moment donné : on ne peut en effet consommer plus que les limites du corps humain. Le PNUD estime que « *les limites qui freinent la croissance et la consommation matérielles deviendront de plus en plus évidentes à mesure que les pays du monde verront leur niveau de revenu augmenter* », PNUD, *Rapport mondial sur le développement humain*, 1992, cité par V. Tilman, *op. cit.*, p. 277. C'est, nous semble-t-il, compter sans l'économie fondée sur l'obsolescence et les produits jetables, sans les pays en développement qui souhaitent améliorer leurs niveaux de vie, sans le développement démographique toujours en cours, sans le désir dont Platon comme Schopenhauer, parmi d'autres, ont si bien exprimé le caractère infini, et sans le mimétisme qui guide nos comportements et régit notre sentiment de satisfaction. Et c'est la situation que veulent justement éviter les politiques de promotion de l'innovation.

ressources naturelles¹⁰⁵³ qu'en raison d'externalités environnementales (croissance des déchets, érosion des sols et, à plus long terme, de la biodiversité, pénurie d'eau, changements climatiques, désertification, etc., qui se répercutent aussi sur l'agriculture et la production en général)¹⁰⁵⁴. Ils préconisent donc de s'engager sur la voie de la *décroissance*. Ils considèrent en effet que le raisonnement qui sous-tend ce choix d'une économie à tout prix fondée sur la croissance est en dernière analyse fondé sur la foi en la créativité humaine nécessaire pour découvrir de nouvelles possibilités technologiques susceptibles, tout en assainissant l'environnement, d'améliorer la productivité et d'alimenter la croissance, et soulignent le caractère irrationnel de cette attitude¹⁰⁵⁵. Ils s'opposent à l'objectif de croissance qui ne serait capable de susciter qu'un développement tronqué, inégal et destructeur, et partent du principe qu'il peut y avoir un *autre* développement, sans croissance¹⁰⁵⁶.

D'autres estiment qu'une croissance fondée sur les principes de l'écologie constitue une alternative plus acceptable au regard des objectifs du développement humain exposés ci-dessus. Une telle croissance s'obtiendrait notamment en modifiant les modes de production, en convertissant les technologies en technologies non polluantes, en privilégiant les énergies renouvelables, en accroissant la productivité de l'eau et la productivité agricole de manière écologique, etc. Des mesures gestionnaires et la décroissance (relative) des flux de matière et d'énergie constitueraient la clé de la durabilité de l'économie : il « suffirait » que l'efficacité dépasse toujours le rythme d'accroissement de l'économie.

Tim Jackson déconstruit de façon magistrale ce mythe du découplage. Pour ce faire, il distingue *découplage relatif* et *découplage absolu*. Le premier peut se définir comme la baisse de l'intensité écologique par unité produite : il s'agit de faire plus avec moins. Pour avoir un impact, ce découplage relatif doit augmenter plus vite que la production économique. Par contre, pour obtenir un découplage absolu, les impacts sur les ressources doivent baisser en termes absolus. Ce découplage absolu est essentiel pour que l'activité économique reste contenue dans des limites écologiques ; si l'on reste dans une optique de croissance, il doit augmenter à mesure que l'économie croît. Or, au niveau mondial, il faut bien constater que le découplage n'a pas lieu : les émissions de dioxyde de carbone sont aujourd'hui quasiment 40% plus élevées qu'en 1990 ; c'est également vrai des flux de matières en général, de la consommation des combustibles fossiles, de

¹⁰⁵³ Cette pénurie est tout de même à l'ordre du jour pour un certain nombre de ressources. On espère, il est vrai, y substituer d'autres ressources, mais on observe que cette substitution se fait le plus souvent à des prix écologiques considérables (gaz de schiste, carburants d'origine végétale, etc.) : ce sont donc, souvent, de fausses solutions.

¹⁰⁵⁴ Il suffit de considérer les empreintes écologiques des individus des pays développés et, bientôt, de l'Inde et de la Chine.

¹⁰⁵⁵ Fondée en effet sur un raisonnement inductif.

¹⁰⁵⁶ Comme le montre T. Jackson, *op. cit.*, p. 57-60, nos « capacités d'épanouissement », pour reprendre la terminologie d'A. Sen, sont limitées par la nature finie des ressources écologiques et par l'échelle de la population, car plus la population est nombreuse, plus vite nous heurtons les seuils écologiques. Cela implique que certains modes de fonctionnement devront être empêchés suite à ces contraintes ; néanmoins, on peut imaginer créer les conditions propices à un épanouissement humain en travaillant sur les dimensions sociale et psychologique et sur la répartition.

celle des minerais métalliques, etc. Certains pays parviennent à un découplage relatif, mais ne tiennent pas compte des émissions produites dans le cadre des échanges commerciaux. A ce jour, le découplage n'apparaît donc pas comme une solution crédible à la croissance. Pourtant, il doit le devenir, et pour y parvenir, une transformation de la demande et une réduction de l'utilisation des ressources à l'échelle de la planète sont nécessaires. La question du découplage fait intervenir la croissance de la population et la croissance du revenu par habitant : selon la formule de Paul Ehrlich et de John Holdren, pour que l'impact des activités humaines baisse de façon absolue, le facteur technologique doit baisser plus et plus vite que le rythme de croissance de la population et du revenu¹⁰⁵⁷. Or, ce n'est pas le sens de l'évolution actuelle : d'ici 2050, avec 9 milliards de personnes (prévisions basses), *si rien ne change*, les émissions de carbone seront 80% plus élevées qu'en 2010. Pour atteindre l'objectif du GIEC, il faudrait que les émissions de carbone soit 21 fois moindres qu'en 2008¹⁰⁵⁸. Par contre, si nous voulions que les 9 milliards de personnes jouissent d'un revenu comparable à celui des citoyens de l'UE aujourd'hui, la taille de l'économie devrait être multipliée par 6 entre 2008 et 2050. Pour atteindre l'objectif du GIEC dans un tel monde, il faudrait que l'intensité en carbone soit 55 fois inférieure à celle d'aujourd'hui. Par la suite, si la croissance se poursuivait, il faudrait une décarbonisation complète de chaque dollar et, plus tard, l'utilisation carbonique de chaque dollar de la production économique devrait passer sous zéro, ce qui signifie qu'il faudrait extraire du carbone de l'atmosphère. Comment concevoir une telle économie ? L'Agence internationale de l'énergie elle-même met en garde et prévoit une augmentation de la demande d'énergie primaire de 45% d'ici 2030 et une hausse de 80% des émissions. Même en réduisant leurs émissions à zéro, les pays de l'OCDE ne seront pas capables de placer le monde sur la trajectoire des objectifs du GIEC. Pour mettre au point des technologies sobres en carbone, les pays développés devront abaisser substantiellement leur consommation et transférer des montants considérables aux pays en développement pour qu'ils parviennent aux mêmes objectifs¹⁰⁵⁹.

On peut ajouter que les nouveaux modes de production basés, par exemple, sur le recyclage des produits resteront malgré tout fortement consommateurs d'énergie et de déchets, car toute transformation, et même toute activité créent de l'entropie. Ce projet d'une croissance « verte » ne permet donc pas réellement de jeter les bases d'un modèle alternatif au système actuel. Il faut admettre que tant que l'on restera dans une optique de développement de la production et de la consommation, l'entropie ne pourra que croître¹⁰⁶⁰, comme l'a montré, il y a près de cinquante ans, Nicholas Georgescu-Roegen¹⁰⁶¹. Comme le rappelle Tim Jackson, pour

¹⁰⁵⁷ T. Jackson, *op. cit.*, p. 86.

¹⁰⁵⁸ Avec 11 milliards de personnes (prévisions hautes), les émissions feraient plus que doubler.

¹⁰⁵⁹ T. Jackson, *op. cit.*, p. 89.

¹⁰⁶⁰ D'autant que joue en partie *l'effet rebond*, que l'on peut définir de la façon suivante : « Une politique environnementale génère un effet rebond lorsqu'elle produit des effets induits négatifs (à long terme, dans d'autres secteurs ou pour d'autres acteurs qu'elle ciblait initialement, à une plus large échelle sociétale...), qui compensent voire annulent sa contribution à l'amélioration de la qualité environnementale » : C. Gossart, *TIC et politiques environnementales : l'épreuve de l'effet rebond*, in *Netcom*, 22-3/4 | 2008, p. 10.

¹⁰⁶¹ N. Georgescu-Roegen, *The Entropy Law and the Economic Process* (1971), Traduction du chapitre 1 en français dans *La décroissance - Entropie - Écologie - Économie*, éd. 2006, ch. I, p.63-84. .

John Stuart Mill, l'état économique stationnaire était souhaitable et nécessaire¹⁰⁶² ; pour Keynes, le problème économique était appelé à être un jour résolu ; pour Daly, l'idée d'une économie en état d'équilibre, caractérisée par un flux de matières qui reste en-deçà des capacités régénératives et assimilatives des écosystèmes est parfaitement concevable. Pourtant, il nous manque aujourd'hui une théorie macroéconomique informée sur le plan écologique¹⁰⁶³.

Le point commun des deux approches exposées est qu'il faut consommer et produire mieux. Aucun programme politique n'ose actuellement officiellement aller plus loin et envisager, selon la première optique citée, qu'il faut produire et consommer moins pour des raisons liées aux limites du milieu et aux objectifs d'épanouissement humain. Aucun ne se donne la possibilité d'imaginer un autre développement sans croissance dans le cadre d'une économie stationnaire et redistributive. Le modèle économique de la décroissance n'est pas à l'ordre du jour. Pour l'heure, le seul consensus (théorique) envisageable porte sur une économie de la croissance écologique (voire même, pour certains, sur une *croissance sans empreinte écologique*¹⁰⁶⁴). Il s'agirait malgré tout d'un bouleversement de pensée et d'habitudes qui consisterait à ne plus concevoir l'environnement comme un sous-ensemble de l'économie, mais l'économie comme un sous-ensemble de l'environnement. Promouvoir la production et la consommation responsables, développer la productivité de manière écologique constitueraient les principes directeurs de cette nouvelle économie. Malheureusement, les changements actuels ne dépassent pas, le plus souvent, le stade du *greenwashing*.

Si des modèles économiques alternatifs permettant de gérer, dans l'intérêt commun, une décroissance soutenable ne sont pas à l'ordre du jour, la décroissance ou la stagnation semblent néanmoins constituer les scénarios probables pour les années à venir dans un certain nombre de pays. Pourtant, une économie décroissante qui resterait régie par des modèles de croissance ne serait pas soutenable. Si nous n'agissons pas réellement, dès aujourd'hui, en prévision des problèmes auxquels pourrions nous confronter la croissance démographique, la dégradation de l'environnement et les taux de pauvreté et d'inégalité qui menacent de s'envoler, des processus de régulation se mettront inévitablement en œuvre. S'ils se produisent dans un contexte de lutte pour la survie, ils se feront au détriment de certaines populations, de la stabilité politique, de l'environnement, et plus que probablement des valeurs humanistes et démocratiques. S'il faut agir par rapport à cette question, c'est afin de mettre en place les conditions d'une société mondiale viable pour toutes les générations à venir, mais c'est également pour parer à d'irréversibles catastrophes écologiques d'ampleur planétaire, dont certaines sont en cours.

Parmi les partisans d'un développement durable¹⁰⁶⁵, certains cherchent donc à réformer le modèle actuel¹⁰⁶⁶ ; d'autres le rejettent, et particulièrement l'idée d'une croissance qui puisse durer indéfiniment étant donné les contraintes indépasseables, selon eux, du caractère fini des ressources

¹⁰⁶² Voir le chapitre 2.

¹⁰⁶³ T. Jackson, *op. cit.*, p. 145.

¹⁰⁶⁴ J. Scheuer (directeur du changement climatique au PNUD), *Après Paris, ouvrir la voie à une croissance sans empreinte écologique*, 18/12/2015, en ligne sur le blog du PNUD (consulté le 1/03/2016).

terrestres et des coûts environnementaux du développement. Nous serions donc confrontés à une alternative: faire confiance à nos modes d'organisation qui n'ont pas encore fait la preuve de leur durabilité environnementale, et qui semblent même, à l'inverse, avoir fait la preuve de leur caractère anti-démocratique, non-durable sur le plan écologique et sur le plan des inégalités, et fonder, pour résoudre les problèmes à venir, des espoirs en la technologie, ce qui comporte un degré élevé d'incertitude (en partie en raison des investissements nécessaires à cet égard), mais également d'aveuglement quant à la production d'entropie que cette croissance, même « verte », engendrera inévitablement ; ou modifier notre mode de vie et notre organisation sociale et économique de manière radicale afin de les orienter vers une *soutenabilité sociale et environnementale*. Mais dans quel sens ? Cette seconde voie nous inviterait à nous montrer inventifs au niveau de la construction de nouveaux modes d'organisation sociaux et économiques. Elle n'impliquerait pas d'abandonner l'idéal d'un certain niveau de bien-être matériel, mais néanmoins plus simple, pour l'ensemble de l'humanité, ni de renoncer à certains bienfaits du développement moderne (médecine, etc.) : c'est à nous qu'il reviendrait d'en dresser les contours. Les orientations suivantes pourraient en faire partie: réduction de la durée du travail pour un partage du travail; relocalisation de la production et des services; réglementations strictes en matière environnementale; réorientation de la production à des fins écologiques, sanitaires, sécuritaires et liées à la production et à l'emploi locaux; démocratie participative *versus*

¹⁰⁶⁵ Selon R. Kahn, *La conception européenne du développement durable : volontariste, optimiste et marchéiste*, in *Bulletin de l'Observatoire des politiques économiques en Europe*, n° 33, 2015, on peut observer trois grandes voies vers le développement durable : « La première est la voie de l'écologie politique. (...) C'est une voie politique pour limiter l'influence excessive des activités humaines sur le climat et les écosystèmes. La seconde orientation du développement durable peut être qualifiée de techniciste ou d'écologie industrielle. Celle-ci ne préconise pas une bifurcation du modèle existant vers un modèle différent (...). Elle reconfigure les activités en appliquant des principes d'optimisation destinés à limiter l'impact négatif des activités humaines sur les équilibres écologiques et sociaux. La troisième voie que nous dénommons *marchéiste* - ou de l'écologie marchande, renouvelle sa confiance moins dans les vertus du progrès technique que dans celles des marchés et de l'innovation financière pour dépasser les apparentes contradictions entre les trois finalités. Elle postule la suprématie de la rationalité économique sur les deux autres sphères et préconise de pousser plus loin encore la logique marchande, y compris en affectant un prix aux services rendus par la nature. Elle voit dans le développement durable l'occasion de procéder à des innovations radicales pouvant offrir de nouvelles gammes de biens et services et de générer une nouvelle croissance, la désormais fameuse croissance verte ». Cette troisième vision est majoritairement celle des institutions internationales.

¹⁰⁶⁶ D'autres ne cherchent même pas à le réformer : H. Welzer, *Les guerres du climat*, Gallimard, 2008, a montré que même le réchauffement climatique est vu comme une source de profits. Selon cet auteur, tous les grands acteurs des finances globales, de même qu'un nombre croissant de fonds d'investissement dans le changement climatique, avec l'appui de la Banque Mondiale, le FMI et les banques régionales de développement, ont élaboré des documents qui soulignent à maintes reprises les grandes opportunités d'affaires qui ont surgi des altérations du climat et des écosystèmes. Ainsi, David Cameron aurait prononcé ces mots : « Je crois avec ferveur que si nous reformulons les arguments en faveur d'agir sur les changements climatiques, nous éloignant du langage des menaces et des châtements et en utilisant des termes positifs, en termes d'obtention de profits, nous pouvons avoir un impact beaucoup plus important. » Un certain Dr John Llewellyn de Lehman Brothers aurait déclaré : « Toutefois, bien que la santé humaine souffre des changements climatiques, les compagnies médicales peuvent améliorer leur situation financière comme résultat de l'augmentation de la demande pour ses produits ». Un des promoteurs pionniers de l'économie verte serait parvenu à la conclusion selon laquelle si tout ce qui nous est offert par la nature se transforme en marchandise, le commerce qui en découlerait serait équivalent à quelques deux fois le produit brut mondial, dans le plus conservateur des calculs (voir Robert Constanza et al., *The value of the world's ecosystem services and natural capital*, in *Nature*, Vol 387, 15, mai 1997). Dans ce contexte, pourquoi ces acteurs agiraient-ils en faveur de l'environnement ?

« représentative » ; luttas contre l'écart grandissant entre les salaires et les bénéfices, contre les inégalités de salaires, contre la détention des moyens de production; transformation de l'entreprise en *recommune* dont le pouvoir décisionnel reviendrait aux travailleurs, etc.

6) La promotion de la croissance par l'innovation n'est pas en soi une politique de soutenabilité

Quel est, de nouveau, le lien entre cette problématique très générale et notre question centrale?

Parce que, comme nous l'avons vu, la notion de *développement* suscite de multiples objections et parce que la notion de *développement durable* génère de nombreuses critiques, c'est par rapport à la notion de *soutenabilité* que nous tenterons d'évaluer les pratiques de protection de la propriété intellectuelle.

La propriété intellectuelle est présentée comme un stimulant à l'innovation. Or cette façon de présenter les choses n'est pas suffisamment précise: si l'on s'en tient aux faits, la propriété intellectuelle récompense *certaines innovations particulières*, orientant ainsi la recherche vers un *certain type d'innovations* et orientant la production vers un *certain type de produits*, et cela de façon d'autant plus générale qu'elle est promue au moyen de politiques d'incitation de dépôts de brevets et autres droits de propriété intellectuelle jusque dans les laboratoires universitaires et publics.

Les politiques qui préconisent de fonder l'économie sur la course à l'innovation le font dans une optique de croissance de la production et de la consommation. La croissance par l'innovation est le moyen privilégié dans les choix politiques pour faire augmenter la richesse sociale, et cette dernière est le seul moyen officiellement admis pour pouvoir améliorer le niveau de vie individuel, le bien-être matériel et financer les services d'intérêt général.

Or, si un certain niveau de richesse sociale est souhaitable, sa croissance indéfinie ne l'est pas pour tous: une meilleure répartition d'un certain niveau de richesse permettrait d'améliorer le niveau de vie des moins nantis et de financer les services d'intérêt général. L'innovation n'est pas le seul moyen de créer de la richesse sociale. Elle ne devient la clé de la croissance qu'en raison de la guerre concurrentielle que se livrent les entreprises et les Etats, en raison du désir de croissance des profits qui nécessite une croissance de la consommation qu'à leur tour seules la diversification et la nouveauté permanentes des produits, fruits des processus d'innovation, rendent possible. Or cette concurrence n'a pas toujours existé: elle est le produit d'une volonté politique d'ouverture et de déréglementation, et n'est pas irréversible. De même que la croissance de la consommation pourrait être freinée par une volonté politique en matière d'éducation et en matière de publicité¹⁰⁶⁷.

¹⁰⁶⁷ Cela nécessiterait un changement structurel car les signaux de la culture de consommation sont puissants. Les structures sociales doivent (re)créer des capacités de s'épanouir sur des modes moins matérialistes : T. Jackson, *op. cit.*, p. 156.

La promotion de la croissance par l'innovation ne peut donc pas en soi être considérée comme une politique soutenable. Selon les discours officiels, pourtant, le développement durable « nécessite des innovations écologiques ». En réalité, des modes d'organisation sociale et des modes de vie soutenables nécessitent seulement des techniques écologiques¹⁰⁶⁸ et des technologies qui rencontrent les véritables besoins publics : celles-ci ne doivent pas nécessairement être innovantes, au sens de « protégeables » au moyen de droits de propriété intellectuelle¹⁰⁶⁹.

Mais les profits et les atouts concurrentiels qu'engendre la propriété intellectuelle contribuent à dicter le type d'innovation que doit poursuivre la société et à décréter l'impératif d'innovation.

3. Conclusions du chapitre

Le concept de développement durable est un concept ambigu, car il cherche à faire converger des logiques opposées: celle du développement économique, celle de la préservation de l'environnement et celle de la répartition des ressources et du revenu de la production. Inventer un concept qui donne l'impression que ces logiques peuvent converger ne les fait pas en pratique converger, masque l'immensité du travail à réaliser et procure le sentiment que nous sommes déjà sur le chemin de ce développement durable. Or, en pratique, c'est une rationalité économique au service de certains intérêts, appuyée par le droit, qui est étendue à la répartition des ressources, des revenus et à la gestion de l'environnement¹⁰⁷⁰, alors que d'autres rationalités devraient guider l'objectif de répartition (des rationalités découlant, par exemple, des objectifs de liberté et d'autonomie individuelles, du droit à la vie, du droit de jouir des produits de la terre et de la production sociale) et la préservation de l'environnement (par exemple la spiritualité, la solidarité

¹⁰⁶⁸ Pour T. Jackson, *op. cit.*, p. 142, il convient de lier l'innovation à des objectifs de durabilité en concentrant l'investissement sur les énergies renouvelables, les technologies propres, les secteurs verts, l'adaptation climatique, l'amélioration des écosystèmes, l'efficacité énergétique, le recyclage, la réduction des déchets, etc. L'investissement vert est essentiel, mais il doit en outre être central.

¹⁰⁶⁹ Tim Jackson ajoute que si l'investissement vert est essentiel, il doit surtout être central, et ne pas être poursuivi dans une optique de croissance : T. Jackson, *op. cit.*, p. 142.

¹⁰⁷⁰ Comme le montrent Thomas F., Boisvert V., *Le pouvoir de la biodiversité. Néolibéralisme de la nature dans les pays émergents*, Ed. Quae et IRD Ed., 2015, p 15, 17, 39, 212, 227, 238 et 258, à notre époque, la préservation de l'environnement doit être le fait du marché via l'intégration des ressources naturelles et le développement de marchés directement liés à ces ressources. Le concept de bioéconomie construit notamment par l'OCDE pour promouvoir les industries des sciences du vivant comme principales voies de sortie des crises exprime bien cette idée. Cette logique est poussée à l'extrême puisqu'aujourd'hui les problèmes et crises environnementales sont transformés en opportunités économiques, les espaces, les services écosystémiques et les espèces menacées sont qualifiés d'actifs financiers, et certaines communautés revendiqueraient même une compensation pour services écosystémiques (voir les exercices d'évaluation des écosystèmes : Millenium Ecosystem Assessment de 2005 ; rapport TEEB sur l'économie des écosystèmes et de la biodiversité de 2010). Les théories de la complexité elles-mêmes ont constitué un argument contre toute régulation environnementale : le concept de vitalisme qui implique que la vie se propage malgré les obstacles est appliqué à l'économie pour prôner une croissance continue. Les écologues ont adopté la notion de crise comme norme, et les économistes ont stratégiquement repris cette idée pour justifier d'abandonner les théories de l'équilibre pour des modèles plus complexes de croissance entrecoupée de crises.

avec le vivant, l'esthétique, le bien-être humain). Comme le souligne René Passet¹⁰⁷¹, les différentes rationalités jugées importantes par l'homme doivent trouver un terrain d'entente auquel la rationalité économique doit être subordonnée en tant que moyen : cette dernière doit être utilisée dans le cadre et les limites des autres rationalités jugées bonnes à l'épanouissement de tous les humains¹⁰⁷².

Le concept de développement durable n'a donc pas radicalement changé la donne, car le consensus politique se fait davantage sur la nécessité du développement économique que sur l'impératif de soutenabilité sociale ou environnementale des politiques économiques. Le développement que l'on cherche à faire durer reste bien celui de l'économie. Sous la menace d'une récession, la compétitivité est vue plus que jamais comme impérative, et la croissance, à réaliser au moyen d'investissements technologiques, est décrétée comme indispensable pour augmenter, dit-on, le bien-être individuel et financer les services d'intérêt général. Les limites de la croissance ne sont pas prises au sérieux, et l'on part encore trop souvent du principe que les dégâts environnementaux liés à notre organisation sociale pourront être réglés au fur et à mesure de la croissance de la production et du développement technologique.

A l'inverse de cette tendance dominante et de ce discours officiel, nous avons montré la nécessité d'une production basée sur des activités moins prédatrices de l'environnement. Cette production ne peut pas être synonyme de croissance dans les différents secteurs de production. En effet, la croissance globale de la production et de la consommation générerait (génère déjà) trop d'externalités environnementales négatives. Par conséquent, pour que cette croissance globale ne se réalise pas, et pour que néanmoins l'accès aux biens fondamentaux s'accroisse là où les besoins essentiels ne sont pas encore satisfaits, un certain nombre de secteurs de production devraient cesser d'être pensés en termes de croissance : l'économie n'est pas synonyme de croissance¹⁰⁷³ ; le *statu quo* ou la production dans des limites définies sont également concevables. Néanmoins, une décroissance mal gérée dans un contexte qui resterait fortement concurrentiel engendrerait

¹⁰⁷¹ R. Passet, *Les grandes représentations du monde et de l'économie à travers l'histoire*, Les liens qui libèrent, 2010. Cet auteur ajoute que si l'humanisme pouvait constituer un premier terrain d'entente, alors le concept de développement durable en tant que développement humain durable (c'est-à-dire développement des potentialités de l'individu, et non développement du bien-être matériel humain) pourrait constituer un premier objectif politique en progrès par rapport à la situation actuelle. Mais le développement humain lui-même, en tant qu'il colonise, asservit et instrumentalise les autres formes de vie, n'est sans doute pas non plus un objectif qui puisse être totalement en accord avec la sensibilité profonde de l'être humain.

¹⁰⁷² Comme le remarque P. Van Parijs, *Qu'est-ce qu'une société juste ?*, Seuil, 1991, p. 231-233 : pour certains, « l'efficacité économique, la capacité de produire les moyens matériels, serait le substrat de la liberté réelle de tous ». Or « ne se pourrait-il pas qu'un monde où tous seraient maximalement libres soit aussi un monde où tous seraient bien plus malheureux ? A première vue, la chose est impossible. Car comment peut-on rendre les gens plus malheureux en leur donnant à tous les moyens les plus vastes possibles de poursuivre leur bonheur ? ». (...) « Dans le langage des économistes, en présence d'externalités, la rationalité individuelle peut engendrer une irrationalité collective ». (...) « L'exercice par chacun de sa liberté individuelle a détruit la liberté réelle ». (...) « On entrevoit comment il est possible, pour des individus maximalement libres et pleinement lucides, de devenir beaucoup plus malheureux qu'ils ne le seraient en l'absence de cette liberté maximale, en raison du « déracinement universel » que celle-ci engendre » (p. 231-233). « L'externalité provient du fait qu'en acquérant ou consommant un bien, avec l'intention et l'effet d'accroître son propre bien-être, chaque membre d'un groupe de référence détériore la satisfaction que les autres membres du groupe dérivent de ce qu'ils possèdent eux-mêmes » (note 1, p. 233).

d'énormes problèmes d'emplois, de financement des politiques sociales et une agitation sociale généralisée: pour les éviter, des économistes de renom comme Philippe Defeyt ou Frédéric Lordon¹⁰⁷⁴ préconisent de passer à une économie *plus localisée*, pour le premier, et *plus protectionniste*, pour le second¹⁰⁷⁵, à l'inverse de ce qui est officiellement prôné¹⁰⁷⁶.

Les échecs, les erreurs, les tragédies, les crimes et les dénis de l'individu et de la liberté associés au communisme nous détournent de l'examen d'autres alternatives possibles à nos valeurs et à nos structures socio-économiques¹⁰⁷⁷. Pourtant, le communisme n'est pas la seule alternative imaginable.

Résultat d'une collusion entre l'économie et le politique, le seul discours politique officiel, tous partis confondus (ou presque), est que le progrès technique est nécessaire à la croissance et que les systèmes de propriété intellectuelle sont des incitants à l'innovation légitimes et nécessaires. La vogue du développement durable n'a fait que renforcer ce discours: désormais, dans l'optique d'une croissance basée sur des activités plus écologiques, dans l'optique de ce que certains qualifient de *dématérialisation*¹⁰⁷⁸ de la production et de la consommation, on invoque plus que jamais la nécessité du progrès technique pour mettre au point ces nouvelles activités. Et l'idée fixe du caractère indispensable d'un régime multilatéral fort de protection de la propriété intellectuelle est plus que jamais de rigueur.

En raison des nombreuses critiques qui visent les objectifs de développement et de développement durable, c'est le concept de soutenabilité et non celui de développement durable qui, selon nous, devrait être présenté comme un objectif global commun. La *soutenabilité* serait entendue comme mode(s) d'organisation sociale et mode(s) de vie solidaires en accord avec un

¹⁰⁷³ D'après le dictionnaire Larousse, économie signifie « ensemble des activités d'une collectivité humaine relatives à la production, à la distribution et à la consommation des richesses ; gestion où on réduit ses dépenses, où on évite des dépenses superflues »: la notion de croissance ne lui est donc pas inhérente.

¹⁰⁷⁴ F. Lordon, *La crise de trop. Reconstruction d'un monde failli*, Fayard, 2009.

¹⁰⁷⁵ La protection économique n'est pas synonyme d'enfermement culturel et nationaliste. Elle pourrait d'ailleurs être envisagée au niveau régional. Les États s'épargneraient ainsi les ressentiments violents des populations des pays tiers tels que nous les connaissons aujourd'hui dans le contexte actuel de guerre commerciale et de concurrentialisme forcé.

¹⁰⁷⁶ La décroissance pose le problème de l'emploi? Certes, mais la situation actuelle pose manifestement déjà le problème de l'emploi. C'est donc toute l'organisation du travail et, dès lors, de la société qui doit être réinventée. Dans cette optique, les idées de réduction du temps de travail, de partage du travail, de salaire garanti sont des pistes à explorer.

¹⁰⁷⁷ Comme le reconnaît A. Gorz, *op.cit.* (1988), « le Plan restait une conscience séparée (émanant uniquement du Parti, de l'État) dont le travailleur devait se vouloir l'instrument actif, mais cette dictature d'État interdisait la véritable coopération en vue de fins communes selon des critères communs ».

¹⁰⁷⁸ C'est-à-dire d'une réduction de l'introduction de ressources, matières premières et énergies non renouvelables dans les activités. Cette solution constitue une alternative à celle qui consisterait à réduire la production et la consommation... moins populaire. Voir, par exemple, sur ce concept de dématérialisation comme solution à tous nos problèmes d'environnement, une critique de J.-M. Jancovici, *La dématérialisation de l'économie : mythe ou réalité ?*, 2007: <http://www.assemblee-nationale.fr/13/cr-grenelle/jancovici-complts.pdf> (consulté le 31/12/2015).

environnement viable, soucieux de l'autonomie des individus, des communautés, des peuples et des États et de la cohésion sociale.

Or, les politiques d'incitation à l'innovation ne pourraient éventuellement s'inscrire dans des politiques de *soutenabilité* qu'à condition d'être accompagnées d'incitations ou de contraintes à innover de manière écologique et dans le sens de l'intérêt public. On peut également soutenir que lorsque des solutions techniques soutenables sont découvertes, il serait contraire à l'éthique et à la soutenabilité d'en restreindre la diffusion au moyen de droits de propriété intellectuelle. Car une production qui serve tous les hommes, dans le respect de leur égalité et dans l'optique de leur autonomie, ne pourra être assurée qu'à partir du moment où la technique sera accessible à tous. Aussi longtemps que cela ne sera pas le cas, ces politiques s'inscriront seulement dans la mécanique capitaliste, fortement inégalitaire si elle n'est pas régulée politiquement, et non durable sur le plan écologique.

Les débats actuels en matière de propriété intellectuelle reprennent d'une certaine manière des préoccupations millénaires de la philosophie économique occidentale. Ces préoccupations étaient déjà celles de Platon et d'Aristote. Comme le rappelle Arnaud Berthoud¹⁰⁷⁹, le désir profond d'accumuler sans fin les richesses aboutit, pour Platon, à des situations d'injustice au niveau de leur distribution, de leur production et de leur consommation. La préoccupation de Platon¹⁰⁸⁰ était par conséquent de déterminer quelles institutions et quelle éducation pourraient tempérer cette soif de richesses démesurée qui pousse les sociétés humaines à la ruine.

Pour Aristote¹⁰⁸¹, les fins naturelles de l'économie ne résident pas dans la satisfaction des besoins, mais dans le *bien-vivre*, le bonheur ou le bien. L'intelligence pratique de l'homme doit œuvrer au service de ce bonheur terrestre. Une bonne économie est régie par cet objectif qui doit guider tous les actes de production, de distribution et de consommation. L'économie devient une menace pour la politique lorsque le commerce d'argent dépasse l'objectif de l'économie domestique. Les prix doivent eux aussi répondre à un objectif de justice : ils doivent correspondre plus ou moins aux exigences du bien-vivre qui sont plus ou moins utiles au bonheur de chaque famille et qui correspondent plus ou moins au sentiment du juste. Lorsque la théorie des prix devient une théorie économique, c'est qu'elle n'est plus placée sous le point de vue du chef de famille, mais sous le point de vue du marchand : la famille et la cité sont alors proches de la ruine. C'est dans cette même optique qu'Aristote critiquait les monopoles. Il opposait à une économie d'échange dont l'extension n'a pas de limite définie une économie d'échange limitée par le bien-vivre et la justice où l'homme, même s'il n'est pas totalement maître de ses passions ou de ses institutions, est capable, avec l'aide d'une éducation appropriée, de juger ce qui est utile ou nuisible, ainsi que ce qui est juste ou injuste.

¹⁰⁷⁹ Berthoud A., *Essais de philosophie économique*, Presses universitaires du Septentrion, 2002.

¹⁰⁸⁰ Platon, *La République*, La Pléiade, 1955.

¹⁰⁸¹ Aristote, *Politique*, Vrin, 1977.

Trois visions de l'économie se côtoient dans ces écrits : celle qui admet le profit individuel comme moteur autonome des échanges économiques ; celle qui prône la maîtrise de l'économie par les institutions, l'éducation, la justice; celle qui vise la maîtrise du désir, des passions et celle de l'économie au niveau d'une économie domestique¹⁰⁸². L'utilisation contemporaine de la propriété intellectuelle reflète la première de ces visions. Les autres conceptions de l'économie nécessiteraient quant à elles un changement de paradigme pour contrer la course en avant technologiste, productiviste, consumériste et déréglementée, et imposeraient de repenser, voire de supprimer certains droits de propriété intellectuelle pour éviter les injustices au niveau de l'accès à certains biens lorsqu'ils sont communs, d'utilité publique ou produits sur base d'un savoir élaboré par la collectivité. Ces conceptions de l'économie plaident pour des institutions capables de faire émerger des projets de société permettant d'équilibrer libertés individuelles et intérêt général¹⁰⁸³ et de réguler dans ce sens¹⁰⁸⁴.

¹⁰⁸² A rapprocher d'une économie de subsistance ? Dans ce cas, il est intéressant de noter, à l'intention des détracteurs de la décroissance, que cette économie est, chez Aristote, synonyme de *bien-vivre*, et non de simple survie dans un état proche de l'animalité. C'était il y a 2400 ans...

¹⁰⁸³ Des institutions qui soient réellement démocratiques et qui aient la cohérence d'une conception d'ensemble: pour cela, souligne F. Lordon, *op. cit.*, elles doivent être ancrées dans une communauté réelle, par exemple à l'échelon régional. Plus généralement, en matière d'efficacité scientifique, comme économique, il convient de spécifier aux yeux de qui et dans l'intérêt de qui cette efficacité est évaluée : ce n'est que dans le cadre d'un projet démocratique ancré dans une communauté réelle et en internalisant l'ensemble des variables sociales et environnementales que l'on pourra attribuer des buts sociaux aux processus d'innovation.

¹⁰⁸⁴ Cette recherche pourrait être complétée avec profit par l'étude approfondie de certaines thématiques comme celles de la gouvernance, de l'économie de la décroissance, du partage du travail, du revenu de base, etc. Malgré notre vif intérêt pour ces questions, nous avons préféré ne pas nous éloigner de notre fil conducteur.

4. Bibliographie du chapitre

Ouvrages

Aristote, *Politique*, Vrin, 1977.

Arsperger C., Van Parijs P., *Éthique économique et sociale*, Éditions La Découverte & Syros, 2000.

Badiou A., Gauchet M., *Que faire ? Dialogue sur le communisme, le capitalisme et l'avenir de la démocratie*, Paris, Philo éditions, 2014.

Badiou A., *Notre mal vient de plus loin*, Fayard, 2016.

Beaud M., *Le basculement du monde*, Éditions La Découverte & Syros, 1997.

Berthoud A., *Essais de philosophie économique*, Presses universitaires Septentrion, 2002.

Blay M., *Penser ou cliquer ?*, Paris, CNRS éditions, 2016.

Brown L., *Eco-economy. Building an economy for the environmental age*, Norton and Company, New-York, 2001.

Brunel S., *Le développement durable*, Coll. Que sais-je ?, 2004.

Burgenmeier B., *Économie du développement durable*, De Boeck, 2004.

Castoriadis C., *L'institution imaginaire de la société*, Seuil, 1999.

Crawford M. B., *Éloge du carburateur. Essai sur le sens et la valeur du travail*, traduit de l'anglais par Marc Saint-Upéry, Coll. Cahiers libres, 2010.

Dulong de Rosnay M., Le Crosnier H., *Propriété intellectuelle, géopolitique et mondialisation*, CNRS Éditions, 2013.

Destremau B., Delama P., *Mesures et démesure de la pauvreté*, PUF, 2002.

Dupuy J.-P., *Ordres et désordres. Enquête sur un nouveau paradigme*, Seuil, 1990.

Easterly W., *The elusive Quest for Growth: Economists' Adventures and Misadventures in the Tropics*, MIT, 2001.

Frey B. S., Stutzer A., *Happiness and Economics*, Princeton, Princeton University Press, 2002.

Georgescu-Roegen N., *La décroissance - Entropie - Écologie - Économie*, 3e édition revue. Paris, Sang de la Terre et Ellébore, 2006, disponible en ligne.

Giraud P.-N., *L'inégalité du monde*, Gallimard, 1996

Gorz A., *Critique de la division du travail*, Seuil, 1973.

Gorz A., *Métamorphoses du travail. Critique de la raison économique*, Galilée, 1988.

Gorz A., *Misères du présent, richesses du possible*, Galilée, 1997.

Guellec D., *Économie de l'innovation*, Éditions La Découverte, 1999.

- Howard D., *Marx. Aux origines de la pensée critique*, Michalon, 2001.
- Illich I., *Œuvres complètes*, Fayard, 2005.
- Jackson T., *Prospérité sans croissance*, De Boeck, 2010.
- Jalladeau J., *Économistes et sociétés. Essais sur le développement de la pensée économique*, 1989 (disponible sur le site de l'auteur).
- Lafargue P., *Le droit à la paresse* (1881), Éditions Allia, 1999
- Larroutturou P., *Crise. La solution interdite*, Desclée de Brouwer, 2009.
- Leroux A., Marciano A., *La philosophie économique*, PUF, 1998.
- Lomborg B., *The Skeptical Environmentalist: Measuring the Real State of the World*, Cambridge University Press, 2001.
- Lordon F., *La crise de trop. Reconstruction d'un monde failli*, Fayard, 2009.
- Lordon F., *Capitalisme et servitude. Marx et Spinoza*, Édition La fabrique, 2010.
- Mill S., *De la liberté* (1859), Gallimard, 1990.
- Marx K., *Le Capital* (1848), Flammarion, 1985.
- Monaco M., Müller T., Pascon G., *Choming out*, Editions d'une certaine gaieté, 2012.
- Passet R., *Les grandes représentations du monde et de l'économie à travers l'histoire*, Les liens qui libèrent, 2010.
- Platon, *La République*, Gallimard, 1993.
- Polanyi K., *La grande transformation*, Gallimard, 1983.
- Rawls J., *Théorie de la justice*, Seuil, 1997.
- Rifkin J., *La fin du travail*, Ed. La Découverte, Paris, 1996.
- Rist G., *Le développement. Histoire d'une croyance occidentale*, Paris, Presses de Sciences Po, 2001.
- Rouge-Pullon C., *John Rawls. Vie, œuvres, concepts*, Ellipses Éditions, 2003.
- Sen A., *Un nouveau modèle économique*, Odile Jacob, 2003.
- Stiglitz J. E., *La grande désillusion*, Plon, 2002.
- Uzunidis D., *L'innovation et l'économie contemporaine : Espaces cognitifs et territoriaux* (ouvrage collectif), de Boeck, 2004.
- Van Parijs P., *Qu'est-ce qu'une société juste ?*, Seuil, 1991.
- Welzer H., *Les guerres du climat*, Gallimard, 2008.

Articles scientifiques, rapports officiels

- Auriol E., Biancini S., Paillacar R., *Universal Intellectual Property Rights: Too Much of a Good Thing?*, CEPR Discussion Papers, n° 4292, 2013, disponible en ligne.

Auriol E., Biancini S., Paillacar R., *Intellectual Property Rights Protection and Trade*, CEPR Discussion Papers, n° 10602, 2015, disponible en ligne.

Ayerbe C., Chanal V., *Droits de propriété intellectuelle et innovation ouverte : les apports de Henry Chesbrough*, in *Management international*, Volume 14, numéro 3, printemps 2010, p. 99-104, disponible en ligne.

Ballet J., Dubois J-L, Mahieu F-R, *A la recherche du développement socialement durable : concepts fondamentaux et principes de base*, in *Développement durable et territoires*, dossier 3, 2004, disponible en ligne.

Baron C., Petit O., Romagny B., *Le courant des Common-Pool Resources : un bilan critique*, in T. Dahou, M. Elloumi F. Molle, M. Gassab et B. Romagny (dir.), *Pouvoirs, Sociétés et Nature au Sud de la Méditerranée*, Paris/Tunis, Éditions INRAT/IRD/Karthala, 2011, p. 29-51, disponible en ligne.

Belleflamme P., *How efficient is the Patent System? A general Appraisal and an Application to the pharmaceutical Sector*, in Gosseries A., Marciano A., Strowel A. (ed.), *Intellectual Property and Theories of Justice*, Palgrave Macmillan, 2007, p. 210-230.

Colin J.-P., *Regards sur l'institutionnalisme américain*, in *Cahiers des Sciences Humaines*, 26 (3), 1990, p. 365-377, disponible en ligne.

Commission mondiale sur l'environnement et le développement, *Notre avenir à tous*, Montréal, Ed. du Fleuve, 1988.

Département Sciences Philosophies Sociétés, Université de Namur, *Petit Guide du développement durable*, 2005.

Delaunay J-M, *Les cumulards du CAC 40*, in *Alternatives économiques Hors-série*, n° 085 bis, sept. 2010, disponible en ligne.

Encouaca D., *Le système des brevets : idées reçues et critiques*, in *Problèmes économiques*, nov. 2012, disponible en ligne.

Encyclopédie thématique, Paris, *Encyclopaediae Universalis*, 2005, article Marx.

Encyclopédie thématique, Paris, *Encyclopaediae Universalis*, 2005, article Schumpeter.

Feltesse P., *Le modèle de développement en question suite à la crise*, Étude réalisée par la Fondation Travail-Université (FTU) et publiée avec le soutien de la Communauté française, Novembre 2015, disponible en ligne.

Gagnon G., *A la recherche de l'autonomie : Cornélius Castoriadis*, in *Sociologie et sociétés*, vol. 14, n° 2, 1982, p. 113-118, disponible en ligne.

Gimello-Mesplom F., *Les principales théories économiques*, sur le site de l'Université de Metz : http://fgimello.free.fr/enseignements/metz/economie_ADS/theories-economiques.htm (consulté le 25/02/16).

Hall B. H., Harhoff D., *Recent research on the economics of patents*, National Bureau of Economic Research, Cambridge, Working Paper 17773, January 2012, disponible en ligne.

Harribey J-M, *Mémoire de D.E.A. sur le concept de développement durable*, Bordeaux, 1993.

Henry G., Ruet J., Wemaëre M., *Développement durable et propriété intellectuelle. L'accès aux technologies dans les pays émergents*, 2015, disponible en ligne sur le site de l'INPI.

Hyman R., *Trois scénarios pour l'avenir des relations professionnelles en Europe*, in *Revue internationale du Travail*, vol. 154 (2015), no 1, p. 5-15, disponible en ligne.

Hollard G. et Sene O., *Elinor Ostrom et la gouvernance économique*, in *Revue d'Économie Politique*, 2010, 120 (3), p.441-452, disponible en ligne.

- Idris K., *La propriété intellectuelle, moteur de la croissance*, disponible en ligne sur le site de l'OMPI.
- Jancovici J.-M., *La dématérialisation de l'économie : mythe ou réalité ?*, 2007, disponible sur <http://www.assemblee-nationale.fr/13/cr-grenelle/jancovici-complots.pdf> (consulté le 31/12/2015).
- Jurgensen P., *Qu'attendre de la relance verte ? Le rôle des incitations et de la recherche*, in *Regards croisés sur l'économie*, 2/2009 (n° 6), p. 149-158, disponible en ligne.
- R. Kahn, *La conception européenne du développement durable : volontariste, optimiste et marchéiste*, in *Bulletin de l'Observatoire des politiques économiques en Europe*, n° 33, 2015, disponible en ligne.
- Lamy G., *Mondialisation et pauvreté*, in *Regards croisés sur la pauvreté*, 2008/2, n° 4, p. 95-96, disponible en ligne.
- Le Bas C., *Droits de propriété intellectuelle et développement. Quelques repères et analyse préliminaire sur l'économie post-TRIPS*, in *Mondes en développement*, 2009/3 (n° 147), p. 45-58, disponible en ligne.
- OCDE, *Toujours plus d'inégalités. Pourquoi les écarts de revenus se creusent*, 2012, disponible en ligne sur le site de l'OCDE.
- OCDE, *Le basculement de la richesse et la nouvelle économie mondiale*, p. 33-66, in OCDE, *Perspectives du développement mondial 2013 : Les politiques industrielles dans un monde en mutation*, 2014, disponible en ligne sur le site de l'OCDE.
- OCDE, *Focus Inégalités et croissance*, 2014, disponible en ligne sur le site de l'OCDE.
- OCDE, *Tous concernés : Pourquoi moins d'inégalité profite à tous*, 2015, disponible en ligne sur le site de l'OCDE.
- OIT, *Tendances mondiales de l'emploi*, 2014, disponible en ligne sur le site de l'OCDE.
- OIT, *Emploi et questions sociales dans le monde – Tendances 2016*, disponible en ligne sur le site de l'OCDE.
- Prospective 2020*, in *Convergences* (la publication de l'Observatoire régional emploi-Formation Poitou-Charentes), n° 39, nov. 2011, p. 4, disponible en ligne.
- Redecker R., *De l'autonomie en politique. L'individu privatisé*, Entretien avec C. Castoriadis, précédemment publié dans *Le Monde diplomatique*, 2000, disponible en ligne.
- Sébastien L., C. Brodhag, *A la recherche de la dimension sociale du développement durable*, in *Développement durable et territoires*, dossier 3, 2004, disponible en ligne.
- Simon R., *Acheminement vers Cornélius Castoriadis et après : autonomie et communisation* (texte d'une conférence), 21/01/2006, disponible en ligne.
- Shifrin S. V., *The Incentives Argument for Intellectual Property Protection*, in Gosseries A., Marciano A., Strowel A. (ed.), *Intellectual Property and Theories of Justice*, Palgrave Macmillan, 2007, p. 210-230.
- Tilman V., *Le concept de développement durable*, in *Actualités du Droit*, 1998.
- Vitali S., Glattfelder J. B., Battiston S., Chair of Systems Design, ETH Zurich, *The network of global corporate control*, in *PLoS One*, 6 (10), 2011, disponible en ligne.
- Weinstein O., *Comment comprendre les communs : Elinor Ostrom, la propriété et la nouvelle économie institutionnelle*, in *Revue de la régulation*, 14, automne 2013, disponible en ligne.

Articles de presse

Einz O., *Investissement productif et crise financière aux Etats-Unis : une explication fondamentale de la crise présente*, in *Le Monde.fr*, 14/09/2011, en ligne.

Escande P., *A Davos, les robots remplacent les hommes*, in *Le Monde.fr*, 19/01/2016, en ligne.

Faujas A., *Le basculement de la richesse vers les pays du Sud s'accélère*, in *Le Monde.fr*, 18/06/2010, en ligne.

Scheuer J., *Après Paris, ouvrir la voie à une croissance sans empreinte écologique*, 18/12/2015, en ligne sur le blog du PNUD (consulté le 01/03/2016).

CHAPITRE 4

Etude de cas : Biodiversité agricole et propriété intellectuelle

Ce chapitre sera consacré à une étude de cas, ou plutôt à l'étude d'un thème particulier en lien avec la propriété intellectuelle, car l'étude d'un ou même de plusieurs brevets ne permettrait pas de tirer des conclusions sur les pratiques en matière de propriété intellectuelle, ce que permet en revanche l'étude d'une thématique.

Pour illustrer les impacts de la propriété intellectuelle, plusieurs thèmes auraient pu se justifier : la recherche à visée médicale ou des questions plus transversales comme la position des universités et de la recherche publique par rapport à la propriété intellectuelle. Mais c'est la question du rôle que joue la propriété intellectuelle par rapport aux ressources phytogénétiques pour l'alimentation et l'agriculture que nous avons choisi de développer ici, car il s'agit, à nos yeux, d'une problématique encore plus fondamentale.

Plusieurs aspects de cette thématique seront étudiés dans ce chapitre. Etant donné leur complexité, chacun pourrait faire l'objet d'un ouvrage distinct. Néanmoins, il nous paraissait important d'aborder ces différents aspects de façon à susciter une vision large de la question. L'exposé proposera une synthèse de chacune des problématiques abordées, et c'est dans les notes que figureront les démonstrations des différents faits relatés car, pour des raisons de lisibilité, il n'était pas envisageable d'intégrer au texte tous les développements consignés dans les notes.

1. Introduction : Les ressources génétiques et phytogénétiques : définition, importance et érosion

Les ressources génétiques¹⁰⁸⁵ désignent l'ensemble des organismes (végétaux, animaux, champignons, protozoaires, bactéries¹⁰⁸⁶) qui contiennent du matériel génétique. L'expression *ressources phytogénétiques* concerne spécifiquement le règne végétal.

Les ressources génétiques sont définies par la Convention sur la diversité biologique¹⁰⁸⁷ (CDB), en son article 2, comme « le matériel génétique ayant une valeur effective ou potentielle ». La valeur de la biodiversité pour l'homme et l'environnement est en effet incontestable¹⁰⁸⁸. Et son érosion croissante est dès lors extrêmement préoccupante¹⁰⁸⁹. La valeur de la biodiversité et la nécessité de sa préservation sont d'ailleurs reconnues au niveau international : la Convention sur la diversité biologique mentionne sa valeur environnementale « pour l'évolution et pour la préservation des systèmes qui entretiennent la biosphère », sa valeur sociale, culturelle et esthétique. Elle mentionne également sa valeur économique et scientifique : en effet, le génome a acquis une valeur commerciale avec l'avènement de l'agriculture industrielle, l'essor de l'industrie pharmaceutique et biotechnologique, les possibilités d'amélioration végétale et animale, l'apparition du génie génétique et le développement du droit de la propriété intellectuelle appliqué à ces différents domaines. Nous montrerons que c'est en grande partie cette valeur économique qui se trouve à l'origine de politiques de préservation *ex situ* (hors site) de la

¹⁰⁸⁵ Les ressources génétiques font parties des ressources biologiques. Ces dernières sont définies par l'article 2 de la Convention sur la diversité biologique comme « les ressources génétiques, les organismes ou éléments de ceux-ci, les populations, ou tout autre élément biotique des écosystèmes ayant une utilisation ou une valeur effective ou potentielle pour l'humanité ». Les ressources génétiques constituent donc un niveau de la biodiversité. Celle-ci est définie par le même article comme la « variabilité des organismes vivants de toute origine y compris, entre autres, les écosystèmes terrestres, marins et autres écosystèmes aquatiques et les complexes écologiques dont ils font partie; cela comprend la diversité au sein des espèces et entre espèces ainsi que celle des écosystèmes ».

¹⁰⁸⁶ Selon le découpage classique en 5 règnes.

¹⁰⁸⁷ Dans le cadre d'une conception strictement utilitariste.

¹⁰⁸⁸ En plus de ses aspects économiques (fourniture des produits alimentaires, de matières premières, de médicaments, de matériaux de construction et à usage domestique, ...), éthiques et patrimoniaux, la biodiversité est indispensable pour maintenir les processus d'évolution du monde vivant. Elle joue un rôle dans la régulation des grands équilibres physico-chimiques de la biosphère, notamment au niveau de la production et du recyclage du carbone et de l'oxygène. Elle contribue à la fertilité des sols et à sa protection, ainsi qu'à la régulation du cycle hydrologique. Elle absorbe et décompose divers polluants organiques et minéraux, et participe par exemple à l'épuration des eaux. On peut y ajouter le fait qu'elle contribue à la stabilisation et à la modération du climat, à la diminution des conséquences des sécheresses, des inondations, de l'érosion, etc. (C. Levêque, *La biodiversité*, PUF 1997, p. 6 et 41). Aujourd'hui, comme l'explique F. Thomas, l'accent politique semble se déplacer du concept de biodiversité vers celui de « biens écosystémiques » capitalisables: services de fournitures de biens, services de régulation (climat, filtrage de l'air, de l'eau), services culturels et services tels que la pollinisation, la photosynthèse, la formation des sols, etc. (F. Thomas, *Néolibéralisation de la nature dans les pays émergents*, IRD et Quae Editions, 2015, p. 222-223).

biodiversité dans des collections et banques de semences¹⁰⁹⁰ qui prètent d'ailleurs le flanc à de nombreuses critiques¹⁰⁹¹, tandis que le maintien de la biodiversité *in situ*¹⁰⁹² ne semble pas, dans les faits, représenter une priorité politique¹⁰⁹³, cette situation étant fortement problématique : nous exposerons pourquoi dans ce chapitre.

Nous consacrerons essentiellement ce chapitre aux ressources phytogénétiques, et plus précisément encore aux variétés végétales utilisables dans le cadre de l'alimentation humaine et de l'agriculture. Cette biodiversité agricole ou cultivée se trouve elle aussi en phase d'érosion¹⁰⁹⁴. On peut identifier plusieurs raisons à ce phénomène : la domination de quelques cultures¹⁰⁹⁵ et par conséquent la diminution du nombre d'espèces cultivées, une perte de diversité au sein des variétés utilisées pour chaque espèce au profit d'une homogénéisation, une perte de diversité dans les structures génétiques des semences au profit de « races pures »¹⁰⁹⁶, l'arrêt des pratiques

¹⁰⁸⁹ Ces dernières décennies, une érosion de la biodiversité rapide et à grande échelle (que certains scientifiques qualifient de « massive ») a été observée à l'échelle globale. S'il y a désaccord sur les chiffres et les délais d'extinction, une majorité de scientifiques pense que le taux actuel d'extinction est plus élevé et rapide qu'il ne l'a jamais été par le passé (il s'agirait de la sixième grande crise d'extinction biologique de l'histoire de la vie sur Terre). Il y a consensus sur le fait que l'homme en est la cause, en l'espace d'une ou deux générations, en particulier via la fragmentation des habitats, la destruction des écosystèmes abritant les espèces, l'agriculture moderne (variétés modernes et agriculture intensive), l'homogénéisation des paysages, la régulation des crues, la disparition de nombreux corridors biologiques, la surpêche et la surexploitation des forêts, la déforestation et la destruction des forêts anciennes par la sylviculture, la pollution et des phénomènes sociaux aussi divers que la collection (d'animaux, de plantes, d'invertébrés, de coquilles, etc.), l'élevage domestique d'espèces rares prélevées dans la nature, l'intérêt pour l'or (destructeur dans certaines régions), l'intérêt pour des sous-produits animaux rares (caviar, fourrure), etc. Chaque année, entre 17 000 et 100 000 espèces disparaissent de notre planète (C. Aubertin, F-D Vivien, *Les enjeux de la biodiversité*, Paris, Economica, 1998, p. 12-13).

¹⁰⁹⁰ On parle aussi de banques de gènes. *Semences* désigne les graines des plantes cultivées.

¹⁰⁹¹ Que nous exposerons plus loin dans ce chapitre.

¹⁰⁹² La conservation *in situ*, c'est-à-dire dans le milieu naturel et, dans le cas des espèces domestiquées et cultivées, dans le milieu où se sont développés leurs caractères distinctifs (selon l'article 2 de la CDB) peut impliquer un travail de conservation à l'identique des variétés anciennes ou locales sélectionnées par les pratiques agricoles séculaires, et/ou un travail de conservation dynamique qui permet à la variété d'évoluer dans son milieu.

¹⁰⁹³ Comme nous le montrerons également.

¹⁰⁹⁴ D'après le site de la FAO, les pratiques liées à l'agriculture industrielle auraient conduit à la disparition de 75 pourcents de la biodiversité cultivée au cours du 20^{ème} siècle : <http://www.fao.org/docrep/004/V1430f/V1430F04.htm> (page consultée le 05/08/2015).

¹⁰⁹⁵ Selon la FAO, *Ibidem* : « Il existe 250 000 à 300 000 espèces de plantes. 10 000 à 50 000 d'entre elles sont comestibles. 150 à 200 d'entre elles sont utilisées pour l'alimentation humaine. Trois espèces, le blé, le riz et le maïs, fournissent presque 60 pourcents des calories et des protéines provenant des aliments d'origine végétale ».

¹⁰⁹⁶ Les lignées pures et les hybrides ont été favorisés pour garantir les critères de stabilité et d'homogénéité requis d'une part pour inscrire les variétés aux catalogues officiels et d'autre part pour que ces variétés puissent faire l'objet d'une protection au moyen de certificats d'obtention végétale. Ces différentes notions seront explicitées dans les pages qui suivent.

agricoles extensives au profit des monocultures et de l'agriculture intensive¹⁰⁹⁷ et les entraves à la circulation des semences^{1098 1099}.

Afin de faire face aux aléas périodiquement rencontrés par l'agriculture paysanne (pénuries de semences, qualité des semences déficiente, dégâts liés aux conditions météorologiques, pathologies des cultures, adaptation naturelle lente des variétés,...) et dans un but d'accroissement de la rentabilité et de la productivité, l'agriculture moderne a construit son modèle sur la base d'une production agricole et de variétés végétales standardisées : en effet, la mécanisation, le recours aux intrants pour garantir la même productivité aux variétés quel que soit leur environnement de culture, les circuits longs qui caractérisent notre système alimentaire, les transports et la transformation industrielle des aliments s'accommodent mieux de variétés standardisées¹¹⁰⁰. Comme le souligne Caroline Ker, « L'uniformité offre à l'agriculture moderne la prédictibilité, les économies d'échelle, la production de masse, et la rentabilité qui s'ensuit plus facilement »¹¹⁰¹.

Mais l'agriculture moderne a, du même coup, engendré ou contribué à d'autres problématiques de dimension globale, parmi lesquelles l'érosion de la biodiversité et le recours de moins en moins soutenable aux intrants.

En effet, d'une part, l'érosion de la biodiversité cultivée qui résulte des pratiques agricoles modernes met à mal la durabilité du modèle agricole lui-même, ainsi que la sécurité alimentaire. Car c'est à partir des plantes sauvages, traditionnelles et paysannes que les variétés modernes ont été mises au point. La biodiversité phytogénétique reste donc un atout pour la sélection, pour la lutte contre les pathogènes et pour l'adaptation aux changements climatiques. Dans le cadre de cultures diversifiées, toutes les plantes ne sont pas sensibles aux mêmes pathogènes, ce qui constitue une sorte d'assurance en matière de rendement face aux maladies ou aux parasites¹¹⁰². Le maintien de la biodiversité dans les champs permet la recherche de variétés et de gènes résistants

¹⁰⁹⁷ Or la conservation *in situ* de variétés locales et diversifiées requiert des pratiques agricoles extensives.

¹⁰⁹⁸ Car seules les semences à structure génétique pure et standardisée peuvent être inscrites aux catalogues officiels et, du moins pour les espèces réglementées, sont autorisées à être commercialisées. Ces différentes notions seront également explicitées dans les pages qui suivent.

¹⁰⁹⁹ S. L. Anvar, *Semences et droit. L'emprise d'un modèle économique dominant sur une réglementation sectorielle*, thèse de doctorat, 2008, points 17-23 (p. 20-23).

¹¹⁰⁰ C. Ker, *Propriété intellectuelle et catalogue des variétés végétales. Le droit dans la semence*, in *Agroécologie, entre pratique et sciences sociales*, 2012, Dijon, Educagri éditions, p. 97-114, p. 2-3.

¹¹⁰¹ C. Ker, *Loi, innovation variétale et diversité biologique*, in *Biens communs mondiaux: 1er Congrès interdisciplinaire du développement durable, 31 janvier et 1er février 2013*, 2013, Namur, Ed. Service Public de Wallonie, p. 41-59, p. 3.

¹¹⁰² D'après la FAO, la grande famine qui a sévi en Irlande dans les années suivant 1840 offre un exemple des dangers de l'uniformité génétique. Aucune des quelques variétés de pommes de terre du Nouveau Monde introduites en Europe au XVI^{ème} siècle n'était résistante au type de mildiou qui a sévi en Irlande à partir de 1840. La récolte de pommes de terre a été réduite à zéro. Il y a eu plus d'un million de morts durant la famine qui s'en est suivie et un million d'émigrants sont partis pour le Nouveau Monde : <http://www.fao.org/docrep/004/V1430f/V1430F04.htm> (page consultée le 05/08/2015).

aux pathogènes ou adaptés à certaines conditions environnementales ; les ressources conservées *ex situ* qui ont cessé de co-évoluer avec leur environnement le permettent dans une moindre mesure ; les variétés modernes, stables et homogènes, le permettent encore moins¹¹⁰³.

D'autre part, l'agriculture moderne et les variétés standardisées sont de grandes consommatrices d'intrants, d'engrais, de pesticides, d'eau et de pétrole. Dans un contexte d'expansion démographique et d'accroissement du niveau de vie, accroître la production agricole en conservant le modèle agricole intensif conduira à un recours encore accru aux intrants, à une pression encore plus insoutenable sur l'environnement et sur les ressources du sol, alors que l'on constate déjà dans certaines zones une stagnation et même un déclin des rendements agricoles suite à la dégradation des sols¹¹⁰⁴. Or si les variétés modernes sont très productives dans une agriculture riche en intrants, elles le sont beaucoup moins dans une agriculture où n'interviennent que peu d'intrants. C'est là que les variétés locales, traditionnelles ou paysannes trouvent un autre aspect de leur intérêt, la biodiversité phytogénétique permettant de revenir à une agriculture plus écologique limitant les intrants¹¹⁰⁵.

La FAO elle-même a reconnu récemment¹¹⁰⁶ que la grande diversité des espèces cultivées offre, par rapport aux semences industrielles, les avantages suivants : une meilleure adaptabilité aux changements climatiques et en particulier à la sécheresse et aux inondations, une meilleure résistance aux parasites et maladies, une capacité d'innovation et une réactivité technique face aux évolutions climatiques ou économiques et, au final, une amélioration de la sécurité alimentaire locale. Elle reconnaît par ailleurs la nécessité de la conservation *in situ* et le rôle primordial des paysans dans le maintien de la diversité agricole.

De nombreuses associations de par le monde promeuvent également la conservation *in situ* ou à la ferme des ressources phytogénétiques, ainsi que des pratiques, comme l'agro-écologie¹¹⁰⁷ reposant sur la diversité biologique, le recours à des variétés locales adaptées, la diminution de la dépendance aux intrants, une meilleure gestion de chaque écosystème agricole et une production de terroir. Ces associations paysannes ou de défense de la biodiversité prônent un

¹¹⁰³ C. Ker, *Loi, innovation variétale et diversité biologique, op. cit.*

¹¹⁰⁴ Les terres cultivables seraient en diminution à un rythme d'environ 5 à 10 millions d'hectares par an (Université Nice Sophia Antipolis: <http://unt.unice.fr/uoh/degsol/>, page consultée le 5 août 2015).

¹¹⁰⁵ C. Ker, *Loi, innovation variétale et diversité biologique, op. cit.*

¹¹⁰⁶ FAO, *Deuxième rapport sur l'état des ressources phytogénétiques pour l'alimentation et l'agriculture*, 26/10/2010, disponible en ligne sur le site de la FAO. Un rapport de Pat Roy Mooney, *Seeds of the Earth: A Private or Public Resource?*, Food First Books, 1979, 126 p., faisait déjà ces constats dans les années 70 !

¹¹⁰⁷ « Démarche scientifique attentive aux phénomènes biologiques qui combine développement agricole et protection/régénération de l'environnement naturel. Elle est à la base d'un système global de gestion d'une agriculture multifonctionnelle et durable, qui valorise les agroécosystèmes, optimise la production et minimise les intrants » : selon http://www.actu-environnement.com/ae/dictionnaire_environnement/definition/agroecologie.php4 (page consultée le 05/08/2015).

regain d'intérêt pour les variétés traditionnelles et paysannes, pour les variétés locales adaptées, actuellement en phase de déclin, car marginalisées par l'agriculture moderne¹¹⁰⁸.

Certaines initiatives juridiques semblent favoriser cette approche: la Convention sur la diversité biologique (CDB)¹¹⁰⁹, le Traité de la FAO sur les ressources phytogénétiques¹¹¹⁰, les directives communautaires¹¹¹¹ sur les variétés de conservation¹¹¹², quelques droits nationaux (en Norvège, en Italie, en Suisse, en Inde, etc.)¹¹¹³. Mais lorsqu'on y regarde de plus près, on constate que certaines de ces initiatives (instruments de la FAO, CDB, directives communautaires) poursuivent en réalité d'autres buts, l'objectif de conservation étant au mieux un moyen pour ces autres fins, au pire un prétexte.

Dès lors, les initiatives plus locales et plus modestes en matière de maintien de la biodiversité, bien qu'absolument indispensables, sont pour l'heure insuffisantes pour modifier les politiques globales qui conduisent à la destruction des ressources phytogénétiques traditionnelles. En effet, et c'est ce que démontrera ce chapitre, tant la réglementation sur l'accès aux ressources génétiques (FAO, CDB) que le droit et les pratiques en matière de propriété intellectuelle, et plus précisément en matière de certificats d'obtention végétale et de brevets, renforcent les politiques préjudiciables à la biodiversité et à la sécurité alimentaire mondiale. C'est également le cas de la réglementation sur les variétés végétales auquel nous consacrerons un court développement, avant d'aborder, également brièvement, quelques autres problématiques démontrant une appropriation

¹¹⁰⁸ C'est le cas par exemple du Réseau Semences Paysannes (<http://www.semencespaysannes.org/>) qui regroupe plus de 70 organisations membres ; de Via Campesina (<http://viacampesina.org/>) ; de GRAIN (<http://www.grain.org/fr>), etc.

¹¹⁰⁹ Analysée plus loin dans ce chapitre.

¹¹¹⁰ Analysé lui aussi plus loin dans ce chapitre.

¹¹¹¹ Ainsi que le Règlement (CE) no 870/2004 du Conseil du 24 avril 2004 établissant un programme communautaire concernant la conservation, la caractérisation, la collecte et l'utilisation des ressources génétiques en agriculture et le Règlement (CE) no 1698/2005 du Conseil du 20 septembre 2005 concernant le soutien au développement rural par le Fonds européen agricole pour le développement rural (Feader).

¹¹¹² Directive 2008/62/CE « introduisant certaines dérogations pour l'admission des races primitives et variétés agricoles naturellement adaptées aux conditions locales et régionales et menacées d'érosion génétique, et pour la commercialisation de semences et de plants de pommes de terre de ces races primitives et variétés » et Directive 2009/145/CE « introduisant certaines dérogations pour l'admission des races primitives et variétés de légumes traditionnellement cultivées dans des localités et régions spécifiques et menacées d'érosion génétique, et des variétés de légumes sans valeur intrinsèque pour la production commerciale mais créées en vue de répondre à des conditions de culture particulières, ainsi que pour la commercialisation de semences de ces races primitives et variétés ». Selon ces directives, les Etats peuvent assouplir les conditions d'inscription à leur catalogue, notamment les conditions d'homogénéité et de stabilité, afin d'inscrire les variétés concernées. Mais cet assouplissement reste de nature exceptionnelle et ne remet pas en cause le modèle dominant puisqu'il ne concerne que les variétés menacées d'érosion génétique et les variétés de légumes sans valeur intrinsèque pour la production commerciale. Ces deux directives prévoient d'ailleurs des quotas maximum pour la commercialisation de ces semences. Les différentes notions abordées dans cette note seront explicitées dans les pages suivantes.

¹¹¹³ Ces alternatives juridiques nationales sont présentées dans C. Ker, *Loi, innovation variétale et diversité biologique*, op. cit.

globale croissante de la biodiversité agricole faisant obstacle à l'autonomie alimentaire des peuples.

2. Arguments tendant à démontrer que la propriété intellectuelle renforce certaines politiques préjudiciables à la biodiversité

1) L'accès aux ressources phytogénétiques et la récupération de la notion de patrimoine commun de l'humanité

Ces trente dernières années, la question de l'accès aux ressources génétiques a été traitée à travers un certain nombre d'instruments internationaux qui ont mis tour à tour en avant la doctrine du patrimoine commun de l'humanité, le respect de la souveraineté nationale ou encore la création d'un système d'accès facilité à ces ressources. Dans le cadre de cette recherche qui fait intervenir la question des biens communs, la notion de patrimoine commun de l'humanité est une notion importante. Il nous a donc paru intéressant, dans les pages suivantes, de croiser l'historique du patrimoine commun de l'humanité et celui de l'accès aux ressources génétiques : nous verrons en effet que ces deux problématiques s'éclairent l'une l'autre.

L'émergence du patrimoine commun de l'humanité

La notion de patrimoine commun (ou d'héritage commun) de l'humanité est une notion moderne qui émerge à la fin des années soixante. Bien sûr, cette notion ne surgit pas de nulle part : celles de patrimoine, de patrimoine commun et de *res communis* existaient déjà dans le droit romain.

Le terme patrimoine est dérivé de celui de père. Dans son acception première, le patrimoine commun signifie *les biens d'une famille, l'ensemble des biens hérités du père et de la mère*. Par extension, il désigne l'héritage commun d'une collectivité, d'un groupe humain. Dans le cas du patrimoine commun de l'humanité, cette collectivité désigne l'humanité dans son ensemble¹¹¹⁴. Le patrimoine commun de l'humanité s'inscrit donc dans une tradition philosophique moderne qui reconnaît l'unité du genre humain.

¹¹¹⁴ A ce postulat philosophique, les relativistes rétorquent qu'il n'existe pas plus de patrimoine universel que de nature humaine univoque. Un patrimoine universel est une contradiction dans les termes. Un patrimoine ne peut être que local, sa portée ne peut être universelle. A quoi les défenseurs du patrimoine commun de l'humanité répondent : « Si l'on admet qu'il y a dans ce monde un ensemble de biens, avoirs, droits et intérêts qui n'appartient et ne peut appartenir à personne, à aucun Etat en particulier, mais qui demeure propriété de l'ensemble de la communauté internationale ou, mieux encore, qui appartient à l'homme en tant que membre de l'espèce humaine ou à l'humanité tout entière, cet ensemble de biens, avoirs, droits et intérêts devrait correspondre aux caractéristiques du patrimoine commun de l'homme » (*Mélanges à la mémoire de Jean Carroz*, FAO, Rome, 1987: <http://www.fao.org/docrep/s5280t/s5280t00.htm#Contents>, consulté le 05/08/2015).

Comme on l'a noté dans le chapitre deux de cette recherche, la notion de patrimoine commun peut être rapprochée de celle de *res communis*. Ce concept classique issu du droit romain¹¹¹⁵ signifie que personne ne peut s'approprier la chose en question : elle constitue un bien dont l'usage est commun à tous. Le concept de patrimoine commun vise ainsi à soustraire l'objet concerné aux intérêts privatifs, témoigne de la reconnaissance de l'intérêt et de l'importance de la préservation de cet objet pour une communauté, et de la nécessité de ce que son utilisation soit partagée.

En droit civil, patrimoine et obligation de conservation sont par définition liés : l'usufruit - le droit d'usage et de jouissance - est inséparable de l'obligation que nous avons de protéger, dans l'intérêt des générations ultérieures, la ressource contre toute dégradation. Dans le cas du patrimoine commun de l'humanité, le lien intergénérationnel se justifie également en termes d'intérêts légitimes des générations à venir. Patrimoine et responsabilité sont donc indissociables¹¹¹⁶. Par ailleurs, le terme romain *patrimonium* désignait un « ensemble de biens familiaux, envisagés non pas sous l'angle de la valeur (monétaire), mais comme des objets à transmettre »¹¹¹⁷ : la patrimonialisation d'un bien est donc également l'expression d'un travail de mémoire.

La notion de patrimoine commun de l'humanité a été appliquée dans un premier temps aux grands fonds marins¹¹¹⁸, puis à l'espace extra-atmosphérique¹¹¹⁹. Ce concept, conforme à l'esprit du Nouvel Ordre économique mondial, a suscité beaucoup d'espoir auprès des pays en

¹¹¹⁵ L'idée de biens appartenant en commun à plusieurs personnes ou à la communauté en général existait déjà à Rome où l'on connaissait le régime des biens se trouvant hors du commerce. En droit romain, ces biens comportent notamment les *res publicae* qui appartenaient à l'Etat et à Rome et étaient soustraites au droit privé, et les *res communes* (comme par exemple la mer) qui appartiennent à tout le monde et ne sont pas susceptibles de faire l'objet de possession, d'appropriation ou de jouissance exclusive. La *res communis* et la *res nullius* (par exemple l'eau, capable d'être séparée de la mer) qui peut faire l'objet de possession et d'appropriation à titre individuel ou collectif, doivent être bien distinguées (*Mélanges à la mémoire de Jean Carroz, op. cit.*). La *res nullius* désigne une chose sans maître (c'est-à-dire sans propriétaire) appropriable. La doctrine qui a considéré le patrimoine génétique comme un patrimoine commun de l'humanité s'est justement efforcée de démontrer que le patrimoine commun de l'humanité se distingue de la *res nullius*.

¹¹¹⁶ C'est la thèse défendue par F. Ost, in P. Gérard, F. Ost, M. Van de Kerchove, *Images et usages de la nature en droit*, Publication Fac. St Louis, 1993, p. 58-73. Plusieurs textes associent d'ailleurs explicitement ces deux notions : voir par exemple la Déclaration de Stockholm : « L'homme a une responsabilité particulière dans la sauvegarde et la sage gestion du patrimoine constitué par la flore et la faune sauvage et leur habitat » (article 4).

¹¹¹⁷ F. Ost, *op. cit.*, p. 59.

¹¹¹⁸ De nouveau, cette notion et son application au droit de la mer ne sont pas nées de rien : dans le droit romain, la mer était *res communis* ; au 17^{ème} siècle, Grotius, dans son ouvrage *De la liberté des mers*, proclama l'idée que la mer était un territoire international et que toutes les nations étaient libres de l'utiliser pour le commerce maritime. Notons toutefois que, ce faisant, il donnait une justification idéologique à la fin des monopoles commerciaux, mais permettait ainsi à la Hollande d'imposer son monopole grâce à sa puissance navale supérieure. Selden, un juriste et humaniste anglais, s'opposa d'ailleurs aux *mers libres* de Grotius et proclama la souveraineté légitime de l'Angleterre sur les mers entourant les îles britanniques. Concernant le droit de la mer et l'utilisation explicite de la notion de patrimoine commun de l'humanité dans ce contexte, voir la Résolution 2749 (XXV) de l'Assemblée Générale des Nations Unies de 1970 et la Convention sur le Droit de la mer du 30 avril 1982, modifiée en 1994. Nous reviendrons sur ces textes dans les pages suivantes.

développement. Dans les années septante, les résolutions et déclarations faisant de la science et de la technologie une sorte de patrimoine commun de l'humanité se sont multipliées¹¹²⁰. Le phénomène de patrimonialisation s'est étendu à des domaines de plus en plus vastes et divers, que ce soit au sein de la sphère matérielle ou dans le domaine immatériel. Cette tendance peut inciter à lire le concept de patrimoine commun comme un instrument de contestation de la Modernité, prédatrice de la nature, des traditions et des rapports solidaires, et comme une tentative de libérer une partie du monde de l'emprise économique. Selon certains, la notion de patrimoine commun de l'humanité pourrait en effet être un outil efficace pour rendre compte de l'intérêt collectif et imposer certains devoirs à la communauté internationale¹¹²¹.

Mais on peut aussi en faire la lecture inverse et y voir un concept qui légitime la perpétuation des modes de fonctionnements actuels, une fois quelques reliques symboliques mises à l'abri. Il existe par ailleurs une tension entre patrimoine universel et patrimoine particulier : sur la question qui nous occupe, les communautés autochtones et locales se méfient par exemple de la notion de patrimoine commun de l'humanité dans laquelle elles voient une nouvelle appropriation ou colonisation de leur patrimoine. Ce concept pourrait laisser le champ libre à des initiatives néfastes envers ce patrimoine, par exemple l'exploitation d'un savoir traditionnel sans l'autorisation de ses détenteurs¹¹²².

L'évolution récente, dont nous retraçons quelques points-clés dans la démonstration ci-dessous et qui nous permettra d'apercevoir les intérêts économiques et politiques qui ont guidé la construction, puis la déconstruction de la notion de patrimoine commun de l'humanité (ces cinquante dernières années, cette notion semble en effet avoir connu un certain engouement au niveau international, avant de voir son champ d'application régresser), suggère d'ailleurs une utilisation cynique de cette notion, notamment sur la question des ressources biologiques, dans le simple but d'obtenir un libre accès à ces ressources. Dans un article, datant de quelques années, intitulé *La récupération du concept de patrimoine commun de l'humanité par les pays industriels*, un chercheur a été amené à conclure que « le patrimoine commun de l'humanité est au service du système de relations dominant notre époque »¹¹²³. Cette conclusion sera également la nôtre au terme de l'analyse suivante qui retracera en partie l'histoire du patrimoine commun de l'humanité et plus particulièrement son application à la problématique de l'accès aux ressources. L'historique du patrimoine commun de l'humanité présenté ici ne sera pas exhaustif : l'analyse historique,

¹¹¹⁹ Voir le Traité sur les principes régissant les activités des Etats en matière d'exploration et d'utilisation de l'espace extra-atmosphérique (y compris la lune et les autres corps célestes) du 27 janvier 1967, en annexe de la résolution 2222 (XXI) de l'Assemblée générale du 19 décembre 1966 et l'Accord régissant les activités des Etats sur la lune et les autres corps célestes, résolution 34/68 de l'Assemblée générale du 5 décembre 1979.

¹¹²⁰ La Déclaration universelle des droits des peuples, adoptée à Alger le 4 juillet 1976, énonce en son article 9 que « le progrès scientifique et technique faisant partie du patrimoine commun de l'humanité, tout peuple a le droit d'y participer » ; voir aussi l'article 13 de la Charte des droits et devoirs économiques des Etats.

¹¹²¹ S. Paquerot, *Le Statut des ressources vitales en droit international, Essai sur le concept de patrimoine commun de l'humanité*, Bruylant, 2002.

¹¹²² UNESCO, J. Blake, *Elaboration d'un nouvel instrument normatif pour la sauvegarde du patrimoine culturel immatériel. Eléments de réflexion*, 2002. Ce débat sera abordé plus loin dans ce chapitre.

juridique et philosophique approfondie de ce concept donnerait lieu à un travail de recherche spécifique qui dépasserait les objectifs initiaux de notre recherche. Nous aborderons quelques aspects seulement de l'histoire du patrimoine commun de l'humanité : son application dans le cadre de l'accès aux ressources génétiques, puisque c'est l'objet de ce développement, mais également, dans un but comparatif, son application initiale dans le cadre du droit de la mer, puisque c'est sur cette question que la doctrine du patrimoine commun de l'humanité a entamé sa construction.

Historique relatif à l'application de la notion de patrimoine commun de l'humanité aux ressources phytogénétiques

a) La Convention de l'UNESCO pour la protection du patrimoine mondial culturel et naturel (1972)

Dès la Convention de 1972 pour la protection du patrimoine mondial, culturel et naturel, les grands principes liés à la notion de patrimoine commun de l'humanité sont explicités : l'idée de patrimoine commun est liée à la notion d'intérêt commun de l'humanité ; on tente de faire en sorte que le patrimoine culturel et naturel n'apparaisse plus comme un frein au développement, mais comme un facteur déterminant de ce développement ; et c'est de par leur « valeur exceptionnelle du point de vue de la science, de la conservation et de l'esthétique » que les objets couverts par la Convention se voient décerner le label de patrimoine de l'humanité.

Notons que les ressources biologiques ne sont pas reprises dans cette Convention dans la définition du patrimoine naturel¹¹²⁴. Pourtant, elles satisfont aux trois conditions énoncées ci-dessus : elles sont liées à l'intérêt commun de l'humanité, elles sont facteurs de développement et elles ont une valeur exceptionnelle du point de vue de la science, de la conservation et de l'esthétique.

¹¹²³ M. Adda Bekkouche, *La récupération du concept de patrimoine commun de l'humanité par les pays industriels* (cet article ne comporte pas de références, mais est disponible sur <http://rbdi.bruylant.be/public/modele/rbdi/content/files/RBDI%201987/RBDI%201987-1/Etudes/RBDI%201987.1%20-%20pp.%20124%20%C3%A0%20137%20-%20Adda%20Bekkouche.pdf> (consulté le 05/08/2015).

¹¹²⁴ Le patrimoine naturel, traversé d'imaginaire, de symboles, de mythes et de systèmes de valeurs, source de beauté et de nourriture spirituelle, trouve sa place au sein du patrimoine culturel. Ne sont considérés toutefois comme patrimoine naturel, selon cette Convention, que « les monuments naturels constitués par des formations physiques ou biologiques, les formations géologiques et physiographiques, les zones délimitées constituant l'habitat d'espèces animales et végétales menacées et les sites et zones naturelles délimités qui ont une valeur universelle exceptionnelle ».

b) La Convention des Nations Unies sur le droit de la mer¹¹²⁵ (1982)

En 1967, Arvid Pardo, ambassadeur de Malte, déclarait devant l'Assemblée générale des Nations Unies, que les mers constituaient un patrimoine commun de l'humanité. Les préoccupations de Malte étaient alors essentiellement d'ordre économique. La notion de patrimoine commun de l'humanité devait conduire à régler les droits des Etats sur les ressources minérales des grands fonds. La notion de patrimoine commun de l'humanité impliquait, selon Pardo, la non-appropriation des ressources par les Etats, la liberté et l'accessibilité de la recherche, la prise en compte des besoins des pays en développement dans l'exploitation des ressources et le souci environnemental.

En 1970, l'Assemblée générale des Nations Unies adoptait une Déclaration de principes consacrant solennellement les grands fonds marins et leurs ressources naturelles patrimoine commun de l'humanité¹¹²⁶. La notion de patrimoine commun acquérait, avec cette Déclaration, une dimension écologique, créatrice d'obligations pour les Etats.

En Europe, le préambule de la Convention de Barcelone de 1976 pour la protection de la mer Méditerranée contre la pollution, traduisant l'intérêt collectif pour les ressources naturelles précieuses, reconnaissait comme patrimoine commun l'ensemble des zones maritimes couvertes par la Convention.

En 1982, la proposition de Pardo fut finalement consacrée par la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer (Convention de Montego Bay) qui rattacha la zone du fond des mers et des océans, leur sous-sol au-delà de la juridiction nationale (hors mer territoriale) et leurs ressources au patrimoine commun de l'humanité.

Les objectifs et les principes qui accompagnent la notion de patrimoine commun de l'humanité dans cette Convention sont ceux d'une non-appropriation de la ressource considérée (aucune revendication, aucune souveraineté, aucun droit souverain n'est reconnu), en vue d'une gestion rationnelle économique et/ou écologique de celle-ci (même si l'objectif de saine gestion écologique en vertu duquel l'exploitation de la Zone internationale devait être menée dans le respect de la protection des milieux marins semblait assez secondaire) par une autorité internationale¹¹²⁷, et d'une volonté de mise en pratique des principes d'équité et de solidarité¹¹²⁸.

Notons que, si cette Convention fut signée en 1982, son entrée en vigueur n'interviendra qu'en novembre 1994, après amendement : ce point a son importance dans notre démonstration, nous y viendrons plus loin.

¹¹²⁵ Ce point synthétise une analyse de C. Noiville dans son ouvrage *Ressources génétiques et droit*, Pedone, 1997.

¹¹²⁶ Il s'agit de la Résolution 2749 (XXV).

c) L'Engagement international de la FAO sur les ressources phytogénétiques pour l'alimentation et l'agriculture^{1129 1130} (1983)

A la même époque, la FAO rattacha les ressources phytogénétiques pour l'alimentation et l'agriculture au patrimoine commun de l'humanité¹¹³¹. L'objectif de cet Engagement, manifestement favorable aux intérêts du secteur semencier¹¹³², était « de faire en sorte que les ressources phytogénétiques présentant un intérêt économique et/ou social, notamment pour l'agriculture, soient prospectées, préservées, évaluées et mises à la disposition des sélectionneurs

¹¹²⁷ Les ressources ayant été décrétées *res communes*, c'est, dans le cadre de la Convention de Montego Bay, une autorité internationale qui est chargée d'en assurer la gestion pour le compte de l'humanité. La recherche fut confiée à cette instance supranationale, chargée d'en diffuser ensuite les résultats (principe de rationalisation de la recherche). De même, le principe de non appropriation ne signifie pas qu'il est interdit de s'approprier les ressources, mais que cette appropriation doit être équitable : une gestion rationnelle, tant du point de vue économique que du point de vue écologique, de la ressource envisagée s'imposait ; elle fut, elle aussi, dévolue à l'instance supranationale, responsable du partage équitable ultérieur des ressources prélevées. La politique de gestion des nodules fut ainsi abandonnée à la compétence de cette Autorité internationale des fonds marins, investie de tous les droits sur les ressources de la Zone et chargée de la tutelle du patrimoine commun au nom de l'humanité.

¹¹²⁸ Le souci d'équité, qui découle de la notion de patrimoine commun, allait, dans la version de 1982 de la Convention de Montego Bay, bien au-delà du seul principe d'appropriation équitable. L'idée de solidarité attachée au concept avait en effet de quoi séduire à cette époque où l'on rêvait à un nouvel ordre économique international. On convint donc que les activités menées dans la Zone le seraient « dans l'intérêt de l'humanité toute entière et compte tenu tout particulièrement des intérêts et besoins des Etats en développement ». L'Autorité chargée de délivrer les contrats d'exploitation avait pour principe de contrôler celle-ci de manière à ce que la production des nodules reste complémentaire de la production terrestre et ne la supplante pas ; en outre, il était prévu d'établir un fonds de compensation en faveur des pays en développement éventuellement affectés si, malgré tout, des effets défavorables se faisaient sentir. L'Autorité favorisait également le transfert aux pays en développement des techniques et des connaissances scientifiques relatives aux activités menées dans la Zone; tout signataire d'un contrat devait s'engager à mettre à la disposition de l'Entreprise les techniques qu'il allait utiliser à cet effet, par voie d'accords de licences ou d'autres arrangements négociés avec l'Entreprise ; si celle-ci n'était pas en mesure d'obtenir des techniques appropriées pour entreprendre l'extraction et le traitement des minéraux de la Zone, les Etats Parties devaient faire le nécessaire pour que ces techniques soient mises à la disposition de l'Entreprise à des conditions commerciales justes et raisonnables ; et si des pays en développement s'associaient à l'exploitation des fonds marins, il était prévu qu'un transfert similaire puisse être effectué à leur profit.

¹¹²⁹ Il s'agit d'une Résolution (la Résolution 8/83 FAO), c'est-à-dire d'un instrument non contraignant.

¹¹³⁰ L'analyse de cet Engagement réalisée par C. Noiville, *op. cit.*, a servi de point de départ à notre analyse.

¹¹³¹ « Cet Engagement se fonde sur le principe universellement accepté selon lequel les ressources phytogénétiques sont le patrimoine commun de l'humanité et devraient être accessibles sans restriction » (article 1). Bien que l'humanité soit titulaire du patrimoine commun de l'humanité, la doctrine s'accorde à affirmer que les bénéficiaires ne peuvent être que les Etats : c'est à travers les Etats que les individus et les groupes en bénéficient.

¹¹³² Comme le montrent ces extraits : « Reconnaissant que (...) seul un programme efficace de sélection végétale permettra de tirer pleinement parti des ressources phytogénétiques » (Préambule, point b) et « Les gouvernements adhérant au présent Engagement organiseront ou feront organiser des missions de prospection (...) afin d'identifier les ressources génétiques potentiellement utiles qui sont menacées d'extinction dans le pays intéressé, ainsi que les autres ressources phytogénétiques du pays qui pourraient être utiles au développement agricole (...) » (article 3.1).

et des chercheurs » (article 1)¹¹³³. Pourtant, l'Engagement prétendait aussi à œuvrer en faveur des intérêts des pays du Sud, où de nombreuses voix dénonçaient le néo-colonialisme des collections *ex situ*¹¹³⁴.

En effet, comme le remarque Marie-Angèle Hermitte, la liberté de prospection des ressources phytogénétique a longtemps été une sorte de « coutume internationale ». Dès les années 50, la FAO lança des missions de collecte des variétés locales dans le monde et particulièrement dans les pays riches en biodiversité (pays du « Sud » pour la plupart). Elle exhorta ces derniers à créer des aires protégées et à mettre sur pied des collections *ex situ* afin de conserver les variétés locales, mais ces pays n'en avaient pas les moyens. Des banques internationales de semences, constituées afin de conserver cette diversité génétique, reçurent pour objectif de produire des variétés à hauts rendements. Sous l'impulsion de la Fondation Rockefeller dans un premier temps, par l'intermédiaire des CIRA, puis du réseau des CGIAR (lancé par Robert Macnamara, ancien Secrétaire d'Etat à la défense des Etats-Unis et Président de la Banque mondiale), des recherches coordonnées furent menées en vue d'introduire des variétés améliorées dans les pays en développement. L'introduction de semences améliorées dans ces pays dès les années 60 prit le nom de Révolution verte. L'introduction de ces nouvelles variétés, issues du travail de recherche de ces centres internationaux et mises gratuitement à la disposition des pays en développement, conduisit, dans ces pays comme dans les pays du Nord, à la disparition des variétés locales. Mais les pays du Sud n'eurent pas les moyens de constituer des collections de biodiversité pour leur propre usage. Dès les années 60, la question du partage des résultats scientifiques portant sur les ressources phytogénétiques issues des collections internationales et de la bioprospection donna lieu à des conflits. La nécessité d'une gestion internationale « équitable et rationnelle » de ces ressources communes se faisait sentir. La question de la propriété des collections internationales fut posée, notamment par les ONG RAFI et GRAIN. L'IBPGR (International Board for Plant Genetic Resources), qui coordonnait l'action des CGIAR, invoquait le *trusteeship* en guise de réponse (ce qui signifie « détention par fidéicommissaire pour la communauté internationale »)¹¹³⁵, mais aucun texte officiel ne donnait de réponse claire. Par contre, les Etats-Unis, en tant que principal donateur des CGIAR, semblaient estimer légitime de faire de ces ressources leur propriété. RAFI et GRAIN mirent donc en garde les délégués à la

¹¹³³ Cet Engagement réglait donc le statut des ressources phytogénétiques d'intérêt économique et social, spécialement dans le domaine de l'agriculture, et plus particulièrement celles qui concernaient les cultures alimentaires (article 2.2); il ne traitait ni des ressources génétiques des plantes sauvages, ni de celles des animaux et micro-organismes.

¹¹³⁴ Tout comme certains, tel Pat Mooney, *op. cit.*, dénonçaient, depuis les années 60 et 70, la Révolution verte.

¹¹³⁵ On doit la théorie de la fiducie publique (public trusteeship) utilisée en droit international de l'environnement au juriste américain Joseph Sax : « La notion de trust implique la conservation, l'utilisation raisonnable ainsi que la transmission des ressources aux générations futures. (...) L'approche fiduciaire correspond à une gestion commune par des intendants ou des dépositaires en faveur d'un groupe élargi. (...) Dans cette approche, ce sont les États Parties au TIRPGAA et les CIRA du Groupe consultatif pour la recherche agricole internationale qui deviennent les fiduciaires des biens déposés et maintenus dans les collections *ex situ* » (S. Morales, *La conciliation en droit international entre l'appropriation du vivant végétal et le système multilatéral d'accès et de partage des avantages élaboré par le Traité international sur les ressources phytogénétiques pour l'alimentation et l'agriculture*, in *Aspects juridiques de la valorisation des denrées alimentaires*, 2012).

FAO contre le risque d'appropriation des ressources détenues dans les centres internationaux, ce qui conduisit à la Résolution FAO 6/81, puis à cet Engagement de 1983 qui rétablit la garantie, pour les pays du Sud, d'un accès libre aux collections internationales constituées à partir de leurs ressources¹¹³⁶.

Afin de favoriser l'accès aux ressources pour la recherche et la préservation des ressources menacées, l'Engagement instaura, d'une part, le principe de libre accès gratuit aux ressources génétiques (article 5) et, en contrepartie, celui de l'échange Nord-Sud (article 6). Le principe de gestion supranationale, instauré dans le cadre du traité précédemment cité portant sur le droit de la mer pour satisfaire la notion de patrimoine commun de l'humanité, fut donc remplacé, dans ce système, par celui de libre accès. L'adoption de la notion de patrimoine commun de l'humanité dans le cadre de cet accord international visait à instaurer le libre accès à des échantillons de ressources collectés dans une optique de recherche scientifique, d'obtention végétale ou de conservation des ressources génétiques. Le texte indiquait que l'Engagement serait complété ultérieurement de manière à instaurer un système mondial qui développerait un réseau de banques de gènes, placé sous les auspices de la FAO et fondé sur le principe d'une non-restriction des échanges (article 7).

Outre un soutien financier (article 8), le texte prévoyait que les activités menées au nom de l'Engagement devaient contribuer à l'amélioration significative des capacités des pays en développement (« notamment l'inventaire, l'identification et la sélection des végétaux, la multiplication et la distribution des semences, afin de rendre tous les pays à même de tirer pleinement parti des ressources phytogénétiques dans l'intérêt de leur développement agricole ») (article 6a¹¹³⁷). Le Préambule de l'accord parlait même de « veiller à ce que les avantages découlant de la sélection soient répartis de façon équitable et sans aucune restriction » (Préambule, considérant b). De telles dispositions ressemblaient à un engagement à effectuer au profit des pays en développement une redistribution qui échapperait aux règles du marché : ces pays échangeraient leurs ressources contre des technologies de sélection qui leur permettraient de créer des variétés améliorées nécessaires aux besoins de leur développement agricole¹¹³⁸. L'aide au développement semblait ainsi conçue comme une contrepartie à l'accès aux ressources. L'Engagement, toutefois, ne faisait nulle part état des modalités concrètes au moyen desquelles ce partage des bénéfices et ces transferts de technologies censés échapper aux règles du marché pouvaient se réaliser.

La conservation des ressources faisait également partie des objectifs de l'accord, même si elle est surtout envisagée, dans cet Engagement, dans l'optique de sa contribution potentielle à l'amélioration végétale (voir les articles 3.1 et 4.2, par exemple), mais de nouveau, celui-ci ne développait aucune stratégie concrète en matière de conservation. En réalité, comme le souligne

¹¹³⁶ F. Thomas, *Biodiversité, biotechnologie et savoirs traditionnels*, in *Revue Tiers-Monde*, 2006, vol. 47, n° 188, p 825-842.

¹¹³⁷ Voir aussi l'article 8.1.

¹¹³⁸ C. Noiville, *op. cit.*

l'auteur d'un mémoire consacré en partie à cette question, à l'exception des ressources phytogénétiques menacées d'extinction pour lesquelles le texte propose des mesures spécifiques de conservation *in situ*, la conservation n'a pas été instituée en tant que telle, dans le cadre de cet Engagement, comme une obligation générale à la charge de la communauté internationale¹¹³⁹.

Déconstruction du concept de patrimoine commun de l'humanité

Après cette première assise du régime du patrimoine commun de l'humanité (peu convaincante quant au caractère effectif de ses principes, si on se réfère à ceux qui devraient être mis en œuvre dans le cadre d'une véritable *res communis* de l'humanité), c'est à la déconstruction du concept qu'ont conduit la plupart des évolutions juridiques ultérieures.

a) Interprétation concertée de l'Engagement international, 1989 (Résolutions 4/89 et 5/89, FAO)¹¹⁴⁰

L'Engagement international de 1983 avait fait des ressources phytogénétiques pour l'alimentation et l'agriculture le patrimoine commun de l'humanité, un patrimoine librement et gratuitement accessible, notamment pour les secteurs semencier et pharmaceutique, mais cet Engagement fut réinterprété par la Résolution 4/89 pour des raisons directement liées à l'évolution dans le domaine de la propriété intellectuelle¹¹⁴¹ et au développement des biotechnologies¹¹⁴².

D'une part, les firmes biotechnologiques souhaitaient pouvoir déposer des brevets sur les ressources phytogénétiques (ce qu'interdisait la notion de patrimoine commun de l'humanité). D'autre part, les pays du Sud réclamaient leur souveraineté (ce qui était également contraire à la notion de patrimoine commun de l'humanité) : certains pays (Mexique, Inde, Brésil) pensaient pouvoir tirer parti des secteurs qui convoitaient et tiraient profit de leurs ressources phytogénétiques. Dans ce but, les pays en développement promurent l'idée de droits des agriculteurs et celle de droits de propriété intellectuelle des communautés sur leurs ressources et leurs savoirs.

¹¹³⁹ M. Braham, *Les droits des agriculteurs et le marché mondial des gènes*, Faculté des sciences juridiques, politiques et sociales de Tunis II - DEA en Droit de l'Environnement 2006, mémoire accessible sur http://www.memoireonline.com/04/07/420/m_droits-agriculteurs-marche-mondial-des-genes1.html (page consultée le 05/08/2015).

¹¹⁴⁰ L'analyse de ces résolutions par C. Noville, *op. cit.*, a servi de point de départ à notre analyse.

¹¹⁴¹ En effet, entre 1985 et 1990, l'Office américain des brevets, l'USPTO, ouvre la porte au brevetage du vivant sous toutes ses formes.

¹¹⁴² L'intérêt pour les biotechnologies est en effet mentionné dans le *Rapport intérimaire sur l'Engagement international de la Commission des ressources phytogénétiques* préalable à l'adoption de la Résolution 4/89, notamment au paragraphe 102, accessible, ainsi que la Résolution 4/89, sur http://www.fao.org/fileadmin/templates/nr/documents/CGRFA/resolution4-89_f.pdf (page consultée le 05/08/2015).

Résultat de discussions entre pays du Sud, ONG, firmes biotechnologiques, semencières et agrochimiques, les Résolutions 4/89 et 5/89 formant l'Interprétation concertée de l'Engagement international préparaient le terrain pour la disparition de la notion de patrimoine commun de l'humanité¹¹⁴³.

La raison invoquée pour la réinterprétation de l'Engagement était que la FAO craignait d'éventuels conflits entre l'Engagement international et la législation de l'UPOV¹¹⁴⁴. Une interprétation officielle de l'Engagement sur la question des droits de propriété intellectuelle fut déclarée nécessaire. Les droits des obtenteurs, tels qu'ils avaient été définis par l'UPOV, furent ainsi déclarés compatibles (ou plus précisément « pas incompatibles ») avec l'Engagement international (article 1).

En réalité, les deux accords n'étaient pas en contradiction. Selon les termes de la Convention de l'UPOV, les ressources contenues dans les variétés protégées par des droits d'obtention végétale demeurent librement accessibles aux chercheurs et aux industriels¹¹⁴⁵. L'Engagement ne nécessitait donc aucune modification de fond, et la notion de patrimoine commun de l'humanité fut par conséquent conservée à ce stade (Préambule). D'autres modifications furent toutefois apportées au texte.

L'Engagement réinterprété introduisit en effet le principe d'une reconnaissance des droits des agriculteurs (article 3). Ceux-ci sont définis, dans une résolution connexe¹¹⁴⁶, comme une compensation financière destinée aux agriculteurs pour leur contribution passée, présente et à venir à la conservation et au développement des ressources phytogénétiques. Cette disposition comportait deux objectifs : soutenir la continuation de leur contribution à la conservation de la diversité biologique et, surtout, leur permettre de participer aux bénéfices qui découlent de l'utilisation améliorée des ressources en contrepartie de l'utilisation de ces ressources dans le régime de libre accès. Sur ce point, la Résolution prévoyait qu'un mécanisme de répartition équitable des bénéfices tirés de l'exploitation des ressources entre les obtenteurs et les peuples d'où celles-ci sont originaires devait être mis en place. La reconnaissance des droits des agriculteurs (innovateurs informels) était conçue comme une contrepartie à la reconnaissance des

¹¹⁴³ F. Thomas, *Biodiversité, biotechnologie et savoirs traditionnels*, *op. cit.*

¹¹⁴⁴ C'est-à-dire la Convention internationale pour la protection des obtentions végétales (ou Convention de Paris) de 1961. Comme le souligne le Préambule de la Résolution 4/89 : « Certains Etats n'ont pas adhéré à l'Engagement et d'autres y ont adhéré avec des réserves du fait que certaines de ses dispositions risquent d'être en contradiction avec leurs obligations internationales et les réglementations nationales en vigueur ». Cette interprétation « devrait faciliter le retrait des réserves formulées (...) et entraîner l'adhésion d'autres pays ».

¹¹⁴⁵ Un certificat d'obtention sur une variété végétale peut être déposé quand celle-ci est une combinaison génétique spécifique qui lui donne une morphologie unique et reconnaissable. La protection conférée par ce droit est de 20 ans minimum. Les critères de protection n'impliquent pas l'inventivité, mais la variété doit être commercialement nouvelle, distincte, uniforme et stable. Nous aborderons plus amplement la question des droits d'obtention végétale dans les pages suivantes.

¹¹⁴⁶ Résolution 5/89, FAO.

droits des obtenteurs (innovateurs formels) dans un souci d'équilibre des intérêts Nord-Sud : en effet, les agriculteurs théoriquement concernés par cette disposition sont identifiés comme étant « particulièrement ceux des centres d'origine et de diversité des ressources phyto-génétiques »¹¹⁴⁷, ces centres étant pour la plupart situés dans des pays du Sud. Néanmoins, les droits des agriculteurs restent fort imprécis dans ces deux résolutions¹¹⁴⁸.

Le principe de libre accès fut lui aussi réaménagé : conservé, il ne fut toutefois plus envisagé comme totalement gratuit, mais fut suspendu à la reconnaissance d'un devoir de compensation au bénéfice des Etats fournisseurs. Cette compensation devait s'effectuer par le biais d'un Fonds international pour les ressources phytogénétiques, alimenté par les pays du Nord et géré par la FAO. Ce fonds devait être utilisé pour soutenir des programmes de conservation, de gestion et d'utilisation des ressources, particulièrement dans les pays en développement. Les droits des agriculteurs devaient être appliqués par le truchement de ce Fonds (article 4). A l'heure actuelle, la concrétisation réelle de ces droits des agriculteurs, tout comme le partage des avantages et la conservation d'ailleurs, restent toujours problématique, ainsi que le montrera l'analyse ultérieure du Traité FAO.

Malgré tout, la réinterprétation de l'Engagement ne répondait pas explicitement à certaines questions posées par l'évolution du droit de la propriété intellectuelle. Cette situation sera à l'origine de sa transformation ultérieure, dont l'étape suivante se situe en 1991.

b) La Résolution 3/91, FAO

Suite à l'évolution du droit de la propriété intellectuelle, les pays en développement, en paradoxale concordance avec les firmes biotechnologiques, semencières et agrochimiques qui souhaitaient que les ressources phytogénétiques ne soient plus reconnues comme patrimoine commun de l'humanité, se firent de plus en plus réticents à l'idée de laisser leurs ressources génétiques en libre accès gratuit. C'est la raison pour laquelle, annonçant la position retenue, un an plus tard, dans le cadre de la Convention sur la diversité biologique (CDB) en faveur de la souveraineté nationale sur les ressources phytogénétiques (cf. infra), cette Résolution « subordonna » le concept de patrimoine commun de l'humanité à la souveraineté des Etats sur leurs ressources phytogénétiques (ce qui revenait à vider de sens la notion de patrimoine commun de l'humanité) : « la notion de patrimoine commun de l'humanité telle qu'elle est appliquée dans l'Engagement international sur les ressources phytogénétiques est subordonnée au principe de la

¹¹⁴⁷ Cette notion de centre d'origine et de diversité est due au généticien russe Nicolai Vavilov pour qui les centres de diversité maximale constitueraient les centres d'origine des espèces.

¹¹⁴⁸ Selon M. Braham, *op. cit.*, le concept de *droits des agriculteurs* constituait une nouvelle revendication tiers-mondiste face aux désillusions liées à la notion de patrimoine commun de l'humanité qui n'avait pas pu assurer l'équité au niveau de la répartition des avantages. Dans un tel contexte, les pays du Sud voyaient le maintien du libre accès et l'utilisation du concept de patrimoine commun de l'humanité dans l'Engagement de la FAO comme un jeu de dupes. Le concept de droits des agriculteurs constitue une tentative, de la part de ces pays, de réaffirmer, en réaction à ce contexte, leurs aspirations par rapport à un patrimoine national.

souveraineté des Etats sur leurs ressources phylogénétiques » (Préambule) et « les Nations ont des droits souverains sur leurs ressources phylogénétiques » (article 1).

c) Convention des Nations Unies sur la diversité biologique (1992)¹¹⁴⁹

Le premier projet de Convention fut préparé par l'ONG IUCN (International Union for Conservation of Nature). Tenant compte de l'Engagement international de la FAO, celle-ci reprit la notion de patrimoine commun de l'humanité. Mais le texte déclarait que « les processus génétiques sont universellement reconnus comme des phénomènes naturels, inappropriables et non brevetables », alors que le droit de la propriété intellectuelle avait déjà ouvert la voie à la brevetabilité des gènes. Le projet de texte cherchait également à concilier la conservation et le développement des biotechnologies en proposant de financer la première par l'utilisation commerciale des gènes : tout acteur commercialisant un produit élaboré à partir de matériel biologique ou détenteur d'un droit de propriété intellectuelle sur un produit dérivé aurait été soumis à l'obligation de verser une contrepartie ou une redevance à un fonds international pour la conservation de la biodiversité. Inadmissible pour certains, le projet de Convention d'IUCN fut rejeté.

La Convention sur la diversité biologique renonça donc à la notion de patrimoine commun de l'humanité et plaça les ressources biologiques sous la souveraineté des Etats¹¹⁵⁰. L'accès aux ressources fut conditionné à leur consentement préalable en connaissance de cause¹¹⁵¹ et régi par des conditions convenues d'un commun accord : pour inciter les Etats à permettre l'accès aux ressources en leur permettant de retirer des avantages de l'exploitation de leurs ressources, la Convention introduisit en effet la possibilité qu'ils négocient des contrats bilatéraux avec les exploitants. Le véritable enjeu, pour les pays du Nord, résidait dans la mise au point d'un cadre juridique qui leur permette l'accès aux ressources génétiques ; pour les pays du Sud, l'enjeu consistait à revendiquer le partage juste et équitable des avantages découlant de l'exploitation de leurs ressources par un accès aux ressources transformées, un transfert de technologies, y compris de biotechnologies, ainsi qu'un financement adéquat. Comme le fait remarquer un auteur, « la CDB entérine ces grandes manœuvres sous des atours écologiques »¹¹⁵². Au terme des

¹¹⁴⁹ Adoptée à la CNUCED en 1992 et entrée en vigueur en 1993. Texte accessible à la page suivante : <https://www.cbd.int/convention/text/> (page consultée le 05/08/2015). L'analyse de cette Convention par Christine Noiville, *op. cit.*, a servi de point de départ à notre analyse.

¹¹⁵⁰ Article 15. Le fait que les ressources soient soumises à la souveraineté nationale ne dit rien de leur statut juridique qui peut être soit bien public, soit bien privé, soit bien privé d'intérêt public.

¹¹⁵¹ Article 15 : « L'accès aux ressources génétiques est soumis au consentement préalable donné en connaissance de cause de la Partie contractante qui fournit lesdites ressources, sauf décision contraire de cette Partie ».

¹¹⁵² F. Thomas, *Biodiversité, biotechnologie et savoirs traditionnels*, *op. cit.*, p. 835.

négociations, en effet, la conservation¹¹⁵³ et l'utilisation durables n'étaient visiblement plus les préoccupations majeures des Etats.

Les principaux instruments de compensation/solidarité/contrepartie mentionnés dans la CDB en échange de l'accès aux ressources sont le partage des avantages (article 15¹¹⁵⁴ et article 8j¹¹⁵⁵), l'échange d'informations sur les recherches et le rapatriement des informations vers les fournisseurs (article 17), l'accès et le transfert de technologies (article 16) et les avantages issus de la biotechnologie (article 19)¹¹⁵⁶.

Concernant la protection des savoirs traditionnels, la CDB engage les Etats à respecter, préserver et maintenir les connaissances, innovations et pratiques des communautés autochtones et locales « sous réserve des droits nationaux »¹¹⁵⁷.

Concernant les transferts de technologies, la plupart des technologies dignes d'intérêt étant protégées par des droits de propriété intellectuelle, la Convention stipule que « les Parties reconnaissent que les droits de propriété intellectuelle peuvent avoir une influence sur

¹¹⁵³ Cette Convention avait pour objectif initial la préservation des milieux, des habitats et des espèces de faune et de flore sauvages. Mais elle met surtout l'accent sur les ressources génétiques et ne s'attarde pas sur le sort des espèces ou des écosystèmes.

¹¹⁵⁴ Article 15 : « Chaque Partie contractante prend les mesures législatives, administratives ou de politique générale appropriées, conformément aux articles 16 et 19 et, le cas échéant, par le biais du mécanisme de financement créé en vertu des articles 20 et 21, pour assurer le partage juste et équitable des résultats de la recherche et de la mise en valeur ainsi que des avantages résultant de l'utilisation commerciale et autre des ressources génétiques avec la Partie contractante qui fournit ces ressources. Ce partage s'effectue selon des modalités mutuellement convenues ».

¹¹⁵⁵ « Sous réserve des dispositions de sa législation nationale, respecte, préserve et maintient les connaissances, innovations et pratiques des communautés autochtones et locales qui incarnent des modes de vie traditionnels présentant un intérêt pour la conservation et l'utilisation durable de la diversité biologique et en favorise l'application sur une plus grande échelle, avec l'accord et la participation des dépositaires de ces connaissances, innovations et pratiques et encourage le partage équitable des avantages découlant de l'utilisation de ces connaissances, innovations et pratiques ».

¹¹⁵⁶ Plus généralement, l'obligation de contrepartie peut prendre la forme de programmes de formation et d'éducation sur l'utilisation durable de la biodiversité, d'échanges d'informations (non couvertes par un secret industriel ou commercial), d'une obligation générale de coopération scientifique et technique par le biais d'accords bilatéraux, de programmes de recherche conjoints, etc.), de programmes de recherches menés en collaboration avec les scientifiques locaux, du partage juste et équitable des résultats de la recherche sous la forme de redevances en cas d'inventions brevetées et exploitées, d'un accès aux technologies développés à partir du matériel biologique et d'un transfert de technologies, particulièrement de celles qui sont nécessaires à la conservation de la biodiversité, de celles qui sont nécessaires à son utilisation durable et celles qui utilisent les ressources génétiques sans causer de dommages sensibles à l'environnement. Ces dispositions ne sont pas particulièrement révolutionnaires : elles sont, par exemple, fort semblables à celle de la partie XIV de la Convention de Montego Bay (cf. supra).

¹¹⁵⁷ Réserve qui s'explique notamment par les conflits qui peuvent opposer l'Etat et les communautés et qui peuvent générer des problèmes lors de l'application du principe de consentement préalable en connaissance de cause par le fournisseur avant tout accès aux ressources et aux savoirs d'une part et du principe de partage des avantages des résultats de la recherche et de la mise en valeur des ressources et des savoirs d'autre part : en effet, est-ce à l'Etat ou aux communautés de donner le consentement et, en cas de partage d'avantages, est-ce à l'Etat ou aux communautés d'en bénéficier ?

l'application de la Convention et coopèrent, sans préjudice des législations nationales et internationales, pour s'assurer que ces droits s'exercent à l'appui et non à l'encontre de ses objectifs ». On pourrait en conclure que ces droits nécessiteraient d'être révisés, le cas échéant, de manière à s'harmoniser au mieux aux objectifs de la Convention, mais la Convention fait seulement allusion à la concession de licences aux pays en développement. Elle déclare à ce sujet que l'accès et le transfert de technologies doivent se faire « dans des conditions justes et les plus favorables, y compris des conditions de faveur et préférentielles »¹¹⁵⁸. Mais elle ajoute, détruisant tout le crédit que l'on aurait pu apporter à ces dispositions, que ceux-ci doivent s'effectuer « sans préjudice des législations nationales et internationales » et « selon des modalités (...) compatibles avec la protection adéquate et effective des droits de propriété intellectuelle »¹¹⁵⁹.

C'est sur la solution contractuelle¹¹⁶⁰ que la Convention se tourne pour mettre en œuvre le partage des bénéfices. Elle soumet du même coup la réalisation de l'objectif de conservation¹¹⁶¹ à ces mêmes mécanismes contractuels¹¹⁶².

Certaines institutions, comme l'OCDE, sont favorables à cette solution contractuelle : elles y voient une opportunité pour les pays en développement de faire partie du commerce international des ressources. Mais cette solution suscite aussi les objections suivantes. Selon l'ONG GRAIN, au lieu de lutter contre les « biopirates », la CDB négocie avec eux. Par ailleurs, le principe de souveraineté des Etats sur les ressources ne résout pas le fait que ce sont souvent les gouvernements eux-mêmes qui « biopirètent » les communautés à travers l'exploitation de leurs ressources. De même, certains utilisateurs refusent de payer des entités dépourvues d'existence légale (les populations locales). M.-A. Hermitte écrit qu'il faut s'attendre à très peu de bénéfices

¹¹⁵⁸ L'Agenda 21, rédigé dans le contexte de la Conférence de Rio, recommande lui aussi d'examiner le rôle et l'impact des brevets sur le transfert des techniques écologiquement rationnelles aux pays en développement (chap. 34.15 à 18), appelle à explorer la notion d'accès garanti des pays en développement aux technologies brevetées, encourage l'adoption de mesures en vue d'empêcher l'abus des droits de propriété intellectuelle, invite à formuler des règles applicables à l'acquisition de ces droits par l'octroi obligatoire de licences, etc.

¹¹⁵⁹ Les Etats-Unis n'ont pas ratifié la Convention en raison des questions de propriété intellectuelle. Selon le texte, les Parties doivent en effet coopérer pour que les droits de propriété intellectuelle promeuvent et ne fassent pas au contraire obstacle aux objectifs de la Convention : cela pouvait suggérer la possibilité de rejeter certains brevets ou de généraliser des licences obligatoires.

¹¹⁶⁰ La Convention sur la biodiversité invite les Etats à élaborer leur propre législation en matière d'accès aux ressources génétiques et de partage des avantages, mais, en l'absence de législations nationales cadres, ce sont des accords bilatéraux qui règlent l'accès aux ressources et les modalités du partage des avantages.

¹¹⁶¹ Certains estiment que les contrats incitent davantage à la conservation que ne le fait le droit de l'environnement, suivant l'idée selon laquelle le contrat permettrait de maximiser les utilités individuelles et, à travers elles, l'utilité sociale. Mais on connaît les failles de cette approche (voir le chapitre 3 de cette recherche) : l'incitation à la conservation ne concerne, au mieux, que les ressources qui présentent un intérêt pour l'exploitation. D'autres soutiennent dès lors que la solution contractuelle ne peut à elle seule garantir une gestion raisonnée et durable de la biodiversité, et que l'on ne peut laisser le marché régler les problèmes d'environnement.

¹¹⁶² L'idée étant que l'absence d'avantages dissuaderait les pays en développement de préserver et d'exploiter durablement leurs ressources ; les lignes directrices de Bonn (cf. infra) indiqueront d'ailleurs clairement que la stratégie d'accès et de partage des avantages a pour buts la conservation et l'utilisation durable de la biodiversité.

du système de partage d'avantages. En effet, d'une part, beaucoup de collections établies avant la CDB (et qui ne tombent donc pas sous son régime) sont déjà accessibles par l'industrie : toutes les ressources transférées avant 1993 dans les banques de semences, collections des universités, des entreprises, etc. ont en effet conservé le système juridique qui était le leur auparavant. Cela concerne en réalité tout ce qui est couramment cultivé¹¹⁶³. D'autre part, dans le domaine de l'agriculture, l'importance réelle des ressources issues des pays en développement dans le développement des produits occidentaux ne serait pas considérable¹¹⁶⁴. Par ailleurs, il est extrêmement difficile de retracer l'origine d'une variété ou d'un gène, ou de suivre une molécule jusqu'à ses débouchés commerciaux, et les retours sont dès lors aléatoires. Les résultats, après une vingtaine d'années de mise en oeuvre, montreraient en tout cas que, si de nombreux contrats ont été conclus depuis la CDB¹¹⁶⁵, la valeur des transactions de bioprospection est, à ce jour, relativement faible^{1166 1167}. Dans le meilleur des cas, les contrats peuvent stimuler l'aide technique en amont de la recherche conjointe (formation, travail au bénéfice de chercheurs locaux, etc.) ; dans des situations moins optimales, les lacunes en matière de technologie et de négociation de contrats dans les pays en développement peuvent conduire à des arrangements inéquitables. Enfin, en cas de non-respect des contrats, de prospection en l'absence de contrat ou de brevets déposés sans mention de l'origine de la ressource utilisée dans l'invention et ne donnant pas lieu à un partage d'avantages avec les fournisseurs et les détenteurs de cette ressource, les sanctions sont peu probables : en effet, la CDB a introduit la notion de droit des communautés, mais elle ne propose pas d'instrument solide à cet égard. Il appartient aux Etats fournisseurs et utilisateurs de reconnaître, dans leurs droits nationaux ou régionaux réglant les régimes d'accès aux ressources, et idéalement dans leur droit des brevets, les obligations en matière de partage d'avantages, en matière de divulgation de l'origine des ressources et des savoirs et en matière de consentement des communautés locales, ce qui, pour ce qui concerne le droit des brevets, n'est pas près de se produire. Il revient également aux Etats d'adopter des mesures pour que la CDB soit suivie d'effets sur la question de la conservation. Un article de 2012 conclut que, dans le contexte actuel, il est « très difficile de penser que les effets (avantages) dérivés des contrats de bio-prospection

¹¹⁶³ M-A Hermitte, *op. cit.*, p. 88. Selon ce même ouvrage, p. 245, il n'est pas évident de savoir où passera la ligne de partage entre les collections soumises au régime de la CDB, celles qui relèveront du Traité FAO, et celles, enfin, qui échapperont à ces deux régimes.

¹¹⁶⁴ M-A Hermitte, *op. cit.*, p. 122

¹¹⁶⁵ M-A Hermitte, *op. cit.*, p. 215.

¹¹⁶⁶ M-A Hermitte, p. 206 et 214. L'ONG GRAIN parle d'un échec des contrats de bioprospection. F. Thomas et V. Boisvert, *op. cit.*, p. 44-48, le confirment: ces contrats ne sont pas aussi nombreux que ce qui était espéré. Peu concernent des firmes biotechnologiques: ils sont essentiellement conclus entre organismes publics ou dans le cadre de consortiums public-privés qui se déclarent à but non commercial.

¹¹⁶⁷ Comme le remarque M. Braham, *op. cit.*, le contrat le plus connu est celui qui a été signé entre Merck et le Costa Rica. Il a servi à la fois de modèle et de fait d'annonce pour l'approche contractuelle de la CDB. Ce contrat entre Merck et l'institut de recherche Inbio accorde au premier un droit exclusif pour réaliser le screening des organismes collectés par Inbio contre un montant initial d'un million de dollars, augmenté de 50 à 60% des redevances en cas de licence sur un produit dérivé. Un autre intérêt de ce contrat est que la prospection et la collecte sont effectuées par les nationaux qui conservent donc un droit de contrôle sur l'opération, contrairement à ce que permettent les permis de prospection et de collecte.

vont contribuer au développement durable et assurer la protection de l'environnement dans le pays fournisseur »¹¹⁶⁸.

d) L'Accord relatif à la partie XI de la Convention des NU sur le droit de la mer de 1994¹¹⁶⁹

L'Accord relatif à la partie XI de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer¹¹⁷⁰, conclu en 1994, illustre également les réticences exprimées dès la fin des années 80 à l'égard de la notion de patrimoine commun de l'humanité. L'idéologie sous-jacente à l'établissement d'un nouvel ordre économique international, qui avait prévalu dans les années 70 et au début des années 80, s'est trouvée progressivement remplacée par une acceptation de plus en plus générale des principes de l'économie du marché¹¹⁷¹. Des obligations qui accompagnaient la notion de patrimoine commun de l'humanité dans la Convention de 1982, il reste essentiellement le souci de promouvoir un esprit de coopération entre les différents acteurs de l'exploitation minière des fonds marins, exercé désormais sous le contrôle allégé d'une Autorité guidée par la plupart des principes du marché¹¹⁷². Les Etats ne sont plus qu'« invités » à faciliter le transfert de techniques, et ce dans des conditions compatibles avec la protection effective des droits de propriété intellectuelle¹¹⁷³. On perçoit à nouveau ici le poids et la prééminence du droit de la propriété intellectuelle sur les autres branches du droit international¹¹⁷⁴. On peut se demander si les modifications apportées sont bien compatibles avec le contenu juridique de patrimoine commun de l'humanité. Si l'on se réfère au régime juridique du patrimoine commun de l'humanité tel que le définira la Déclaration de Castellon de 1999¹¹⁷⁵ et dont les objectifs de conservation et de

¹¹⁶⁸ H. M. Urena, *Les contrats de bio-prospection, des outils pour le développement durable ?*, in F. Collart Dutilleul, *De la terre aux aliments, des valeurs au droit*, Inida (Costa Rica), pp.337-364, 2012.

¹¹⁶⁹ Ce point synthétise une analyse de C. Noiville, *op. cit.*

¹¹⁷⁰ Qui ne concerne plus que les ressources minérales.

¹¹⁷¹ Les pays industrialisés souhaitaient que l'Autorité ne soit plus destinée qu'à coordonner les actions des exploitants, Etats ou entreprises. L'obligation de lui transférer la technologie paraissait inacceptable, tout comme l'obligation de financer un fonds de compensation en faveur des pays en développement. Enfin, la composition du Conseil risquait de donner aux pays en développement un pouvoir majoritaire, alors que les pays industrialisés voulaient s'assurer une position dominante au sein de cet organe. Les pays confièrent donc à une Commission préparatoire un mandat d'interprétation, voire de modification des dispositions existantes en vue de parvenir à un accord qui soit universellement acceptable. Parmi d'autres modifications, l'obligation faite aux Etats Parties de financer un site minier de l'Entreprise ne s'applique plus dans la nouvelle version de la Convention. Les dispositions initiales relatives au transfert de techniques ont été supprimées. Les dispositions relatives aux limitations et plafonds de production ont été annulées et remplacées par des principes généraux de « saine gestion commerciale », renvoyant notamment à l'accord du GATT. Le fonds de compensation au bénéfice des pays en développement affectés par l'exploitation de la Zone a lui aussi été supprimé.

¹¹⁷² Il est prévu que l'entreprise et les pays en développement obtiennent des techniques d'exploitation minière à des conditions commerciales justes et raisonnables soit sur le marché libre soit par le biais d'accords d'entreprises conjointes.

¹¹⁷³ Section 5.1 de l'annexe de l'accord.

partage des avantages tirés de l'utilisation du patrimoine commun constituent la clé de voûte, on peut raisonnablement en douter.

Un autre point mérite d'être souligné : la Convention de Montego Bay ne concerne pas la biodiversité marine. Or la bioprospection marine est très répandue et, comme l'explique une étude récente, elle est très peu réglementée. En effet, concernant les ressources génétiques de la zone économique et du plateau continental : « on voit que le principe du consentement (...) cède en réalité la place à une procédure proche de la notification. La bioprospection est soumise au consentement de l'État côtier, mais celui-ci doit « normalement » y consentir »¹¹⁷⁶. Quant aux ressources génétiques de la haute mer, des fonds marins et du sous-sol au-delà des limites de la juridiction nationale (zone internationale), elles ne sont concernées ni par la Convention de Montego Bay, qui ne s'applique qu'aux ressources minérales (on pourrait imaginer qu'elle régule et contrôle également la bioprospection, mais il faudrait pour cela la modifier), ni par la Convention sur la diversité biologique puisqu'il n'y a pas d'Etat fournisseur dans ces zones : l'accès à ces ressources génétiques est par conséquent libre sans restriction, et l'approche contractuelle n'y a pas sa place.

e) La Déclaration sur le génome humain et les droits de l'homme

L'UNESCO continua de formuler des propositions visant à l'élargissement et la consolidation de la théorie du patrimoine commun de l'humanité.

Elle adopta, en 1997, la Déclaration sur le génome humain et les droits de l'homme qui fait du génome humain, « dans un sens symbolique » toutefois, le patrimoine commun de l'humanité¹¹⁷⁷.

Elle produisit par ailleurs de nombreux instruments concernant le patrimoine culturel et le *patrimoine immatériel* (lequel englobe les savoir-faire traditionnels, y compris en matière de protection et d'utilisation des ressources naturelles) qu'il s'agit de revaloriser. En englobant les savoir-faire traditionnels dans le patrimoine commun de l'humanité, elle peut sembler s'opposer à l'évolution suscitée par la Convention sur la diversité biologique ou l'OMPI, qui tendent davantage à les considérer sur le modèle des innovations éventuellement protégeables par des droits de propriété intellectuelle¹¹⁷⁸. Mais, comme pour dissiper cette ambiguïté, l'article 3b de la Convention pour la sauvegarde du patrimoine culturel immatériel (2003) précisera qu'elle

¹¹⁷⁴ En supprimant les limitations et plafonds de production, la gestion supranationale au profit d'une gestion en co-entreprises, le fonds de compensation en faveur des pays en développement et les transferts de technologies au profit d'une « invitation à faciliter » le transfert de techniques mais dans des conditions compatibles avec la protection des droits de la propriété intellectuelle, ce sont des principes de gestion écologique et de gestion rationnelle équitable allégés que cherchent à instaurer les Etats Parties.

¹¹⁷⁵ Voir le chapitre 2 de cette recherche.

¹¹⁷⁶ H. M. Urena, *op. cit.*

¹¹⁷⁷ Article premier.

n'affecte ni les droits de propriété intellectuelle, ni les droits à l'usage des ressources biologiques ou écologiques.

f) La Déclaration de Castellon sur les nouvelles perspectives du patrimoine commun de l'humanité

L'UNESCO adopta encore, en 1999, la Déclaration de Castellon sur les nouvelles perspectives du patrimoine commun de l'humanité. Celle-ci témoigne sans ambiguïté de l'intention de l'Organisation d'élargir la notion de patrimoine commun de l'humanité à de nouveaux objets « qui constituent autant de valeurs essentielles pour l'épanouissement et la perpétuation de l'humanité ». C'est à l'occasion de cette Déclaration que fut défini le régime juridique du patrimoine commun tel qu'il devrait, selon elle, se caractériser¹¹⁷⁹.

g) La Déclaration de Leipzig, 1996

Avant de conclure le Traité sur les ressources phytogénétiques, la FAO adopta une Déclaration sur la conservation et l'utilisation durable des ressources phytogénétiques pour l'alimentation et l'agriculture (Déclaration de Leipzig) que nous croyons utile de mentionner ici pour la position qu'elle développe en matière de droits de propriété intellectuelle : l'accès et le partage des technologies avec les pays en développement devraient s'effectuer, d'après cette Déclaration, « selon des conditions équitables et les plus favorables, y compris des conditions de concessions et des conditions préférentielles conclues mutuellement par les deux parties ». Une déclaration de principes qui pourraient paraître ambitieux, si les dispositions suivantes ne s'empressaient d'ajouter, sapant la portée des premières, que, dans le cas des technologies soumises à des brevets ou à d'autres droits de propriété intellectuelle, l'accès et le transfert de technologies seront effectués selon des conditions qui reconnaissent et qui sont consistantes avec la protection effective et adéquate des droits de propriété intellectuelle. La Convention de Montego Bay nous avait déjà familiarisés à des dispositions semblables (cf. supra), signes du poids croissant du droit de la propriété intellectuelle.

¹¹⁷⁸ La question de la protection des savoirs traditionnels sera abordée plus loin dans ce chapitre.

¹¹⁷⁹ « Appartenant à l'humanité, le patrimoine commun de l'humanité ne peut faire l'objet d'appropriation ; il doit être utilisé à des fins pacifiques ; il doit être sauvegardé et son exploitation doit se faire dans l'intérêt de tous les êtres humains, de tous les peuples et de toutes les nations sans discrimination ; son utilisation doit être rationnelle afin d'en permettre le renouvellement et la conservation ; les avantages tirés de son utilisation doivent bénéficier équitablement à tous les Etats, tous les hommes et tous les peuples ». Le régime juridique du patrimoine commun est développé dans le chapitre 2 de cette recherche.

h) Le Traité FAO¹¹⁸⁰ sur les ressources phytogénétiques pour l'alimentation et l'agriculture (Résolution 3/2001, FAO)¹¹⁸¹, adopté en 2001 et entré en vigueur en 2004

Dès 1993, la FAO lança un processus de révision de l'Engagement international sur les ressources phytogénétiques afin de l'harmoniser avec la Convention sur la diversité biologique, de régler les modalités du partage des avantages, l'accès aux collections non régies par la Convention sur la diversité biologique¹¹⁸², et de concrétiser les droits des agriculteurs. Après sept années de négociations, un Traité sur les ressources phytogénétiques pour l'alimentation et l'agriculture sera finalement adopté.

A la différence des versions précédentes (c'est-à-dire l'Engagement sur les ressources phytogénétiques et ses annexes successives), ce Traité prend la forme d'un accord contraignant¹¹⁸³. Le terme de patrimoine commun de l'humanité n'apparaît plus parmi ses principes directeurs. Suite à l'évolution liée à la Convention sur la diversité biologique, les Parties reconnaissent, au contraire, les droits souverains des Etats sur leurs propres ressources, y compris leur pouvoir d'en déterminer l'accès. Mais ils conviennent que les Etats peuvent tirer parti de la création d'un système multilatéral facilitant l'accès à une partie négociée¹¹⁸⁴ de leurs ressources et promouvant, en contrepartie, le partage juste et équitable des avantages résultant de leur utilisation. Dans ce

¹¹⁸⁰ La FAO est également l'auteur du *Rapport sur l'état des ressources phytogénétiques dans le monde* et d'un *Plan d'action mondial pour la conservation et l'utilisation durable des ressources phytogénétiques présentant un intérêt pour l'alimentation et l'agriculture*.

¹¹⁸¹ Résolution 7/93 FAO, accessible sur http://www.fao.org/fileadmin/templates/nr/documents/CGRFA/resolution7-93_f.pdf (page consultée le 5 août 2015).

¹¹⁸² Les collections *ex situ* constituées par les centres internationaux de recherche agricole (CIRA) du Groupe Consultatif pour la Recherche Agricole Internationale (GCRAI) échappaient en effet à la souveraineté nationale sur les ressources biologiques.

¹¹⁸³ 40 signatures lui ont permis d'entrer en vigueur en 2004. Les Etats-Unis ne l'ont pas encore ratifié.

¹¹⁸⁴ Bien que l'objectif initial ait été d'y inscrire toutes les ressources vitales du point de vue de l'alimentation et de l'agriculture, ce principe d'accès facilité ne concerne que les ressources énumérées dans les annexes de l'accord, soit une soixantaine d'espèces cultivées et plantes fourragères importantes qui relèvent du domaine public. Cet accord concerne notamment les collections *ex situ* des centres internationaux de recherche agricole du GCRAI (qui détiennent plus de 600 000 échantillons de variétés agricoles) et d'autres institutions internationales (conformément à l'article 15.5). L'accès est accordé seulement lorsqu'il a pour fin la conservation et l'utilisation pour la recherche, la sélection et la formation pour l'alimentation et l'agriculture, à condition qu'il ne soit pas destiné à des utilisations chimiques ou pharmaceutiques ou d'autres utilisations industrielles non alimentaires et non fourragères. L'inclusion de plantes à usages multiples dépendra de leur importance pour la sécurité alimentaire. Les autres détenteurs de ressources phytogénétiques pour l'alimentation et l'agriculture inscrites à l'annexe 1 sont invités à les incorporer au système multilatéral. Cette annexe concerne des ressources vitales du point de vue agricole et alimentaire qui suscitent une forte dépendance (banane, pomme de terre, riz, blé, maïs,...). Néanmoins, certaines espèces importantes n'y figurent pas (tomates, soja, cucurbitacées, arachides, canne à sucre...) et, rappelons-le, seules les variétés du domaine public (non protégées par des droits de propriété intellectuelle) sont visées, ce qui réduit également le champ d'application du Traité. Enfin, entre les collections publiques et privées, les ressources acquises avant ou après le Traité, les collections *ex situ* et les ressources *in situ*, il n'est pas aisé de déterminer exactement quelles ressources dans quelles collections sont soumises au régime du Traité.

contexte, il ne pouvait plus être question de libre accès : le Traité utilise désormais la notion d'*accès facilité*¹¹⁸⁵. Ce principe d'accès facilité s'exerce en conformité avec un accord-type de transfert de matériel (ATM) qui régit l'accès et la répartition des avantages au sein du système multilatéral.

Selon M.-A. Hermitte, ce Traité opère en pratique un retour au principe de patrimoine commun de l'humanité¹¹⁸⁶. L'ASSINSEL (association internationale représentant les obtenteurs et sélectionneurs) aurait en effet longuement négocié en vue d'éviter l'exercice de la souveraineté nationale sur les ressources et l'accès payant à celles-ci. Et, effectivement, le libre accès gratuit aux ressources, même s'il s'effectue à travers un accord de transfert de matériel¹¹⁸⁷, bénéficie aux entreprises semencières et biotechnologiques.

Concernant les droits des agriculteurs (article 9), le Traité reconnaît la contribution des agriculteurs et des communautés locales et autochtones à la conservation des ressources. Mais il ajoute que les droits des agriculteurs doivent être réglés par les législations nationales¹¹⁸⁸, ce qui ne garantit donc pas leur application. Parmi les droits des agriculteurs, il cite la « protection » des savoirs traditionnels présentant un intérêt pour ces ressources, mais ne précise pas s'il entend par là le respect et la sauvegarde des savoirs traditionnels utiles ou leur protection au moyen de droits de propriété intellectuelle, ces deux options ayant des implications différentes. Suite à ce Traité, de nombreux travaux ont été entamés dans les années 90 dans le cadre de la FAO, de la CDB, de l'OMPI et même de l'OMC sur le thème de la protection des savoirs traditionnels au moyen de droits de propriété intellectuelle, mais sans grand résultat concret à l'heure actuelle : nous y viendrons dans un développement suivant.

Il cite également le droit au partage des avantages : il s'agit de « partager, de façon juste et équitable, les avantages découlant de l'utilisation de ces ressources, dans une perspective complémentaire et de renforcement mutuel » (article 10). Mais cet article peut être lu de deux façons. S'agit-il de faire bénéficier les communautés autochtones et locales et les agriculteurs des

¹¹⁸⁵ C'est-à-dire gratuit ou à un prix couvrant les coûts minima occasionnés par une demande d'accession.

¹¹⁸⁶ M.-A. Hermitte, *op. cit.*

¹¹⁸⁷ Concernant le statut des ressources du système multilatéral, les CIRA (Centres internationaux de recherche agricole) sont considérés comme dépositaires des collections *ex situ* qu'ils détiennent. La FAO a signé en 1994 des accords avec ces organismes, accords selon lesquels ces derniers acceptent de détenir le matériel génétique désigné en fiducie au profit de la communauté internationale.

¹¹⁸⁸ Etant donné les nombreuses réticences à voir les avantages découlant de l'utilisation des ressources attribuées directement à des groupes d'individus plutôt qu'aux nations, les Parties ont conclu que ces mesures seraient prises « en fonction des besoins et priorités des Etats, (...) selon qu'il convient, et sous réserve de la législation nationale », ce qui restreint fortement la probabilité de voir les droits des agriculteurs concrètement et systématiquement mis en œuvre. De même, les agriculteurs pourront conserver, utiliser, échanger et vendre les semences de ferme ou du matériel de multiplication (privilège du fermier) « sous réserve de la législation nationale et selon qu'il convient ». La protection des savoirs traditionnels est soumise à ces mêmes restrictions. Elle suscitait, elle aussi, de nombreux blocages en raison des dissensions nationales que de telles mesures, qui concernent essentiellement des populations indigènes ou minoritaires, seraient susceptibles d'engendrer. Selon M. Braham, *op. cit.*, l'imprécision du contenu normatif du concept de *droits des agriculteurs* dans le système de la FAO permet de l'analyser comme un concept non achevé.

bénéfices issus de la sélection variétale moderne et des biotechnologies suite à la reconnaissance de la contribution de ces communautés à la conservation des ressources utilisées ? Ou bien le partage « juste et équitable » de ces ressources « dans une perspective complémentaire et de renforcement mutuel » signifie-t-il plus cyniquement que les secteurs de la sélection variétale moderne et des biotechnologies vont bénéficier du partage de ces ressources pour mettre au point leurs innovations ? Au minimum, l'article est ambigu. Mais les articles suivants révèlent que c'est la seconde interprétation qui s'avère correspondre à la réalité. En effet, l'article 13.1 souligne que c'est bien l'accès aux ressources qui constitue l'avantage majeur du système ; l'article 11.2 rappelle que le partage concerne uniquement des ressources du domaine public ; l'article 12.3.d précise que le dépôt ultérieur de droits de propriété intellectuelle sur des innovations obtenues à partir des ressources phytogénétiques du système multilatéral n'est interdit que sur les ressources « sous la forme reçue du système multilatéral »¹¹⁸⁹ : il s'agit donc, au final, d'un partage relativement unilatéral puisque les pays originellement fournisseurs des ressources mises en accès facilité par l'intervention de ce Traité ainsi que les communautés détentrices de savoirs traditionnels sur ces ressources n'ont pas accès, quant à eux, du moins gratuitement, aux technologies variétales modernes protégées par des droits de propriété intellectuelle.

Selon l'article 13.1, pourtant, « les avantages résultant de l'accès sont partagés de façon juste et équitable, conformément aux dispositions du présent Article », c'est-à-dire via des échanges d'informations, un accès aux technologies et des transferts de technologies, un renforcement des capacités et un partage des avantages découlant de la commercialisation¹¹⁹⁰ (article 13.2). Mais ces dispositions sont aussitôt vidées d'effectivité par la suite de l'article 13. Concernant l'échange d'informations, cet article précise en effet que « Ces informations sont rendues disponibles, si elles ne sont pas confidentielles, sous réserve du droit applicable et conformément aux capacités nationales ». Concernant l'accès aux technologies et les transferts de

¹¹⁸⁹ Selon M. Braham, *op. cit.*, cet article a suscité un grand débat dans les négociations du Traité et a été à l'origine de l'abstention des Etats-Unis et du Japon. Des positions opposées s'affrontaient lors des négociations et la question n'a été tranchée que par un vote en séance plénière. Des accords entre la FAO et les CIRA prévoient pourtant que le matériel génétique détenu en fiducie restera à la disposition de tous et qu'aucun droit de propriété intellectuelle ne s'appliquera à ce matériel. L'article 3 b de l'accord-type dispose que « Le centre ne revendiquera pas la propriété juridique du matériel génétique désigné, pas plus qu'il ne cherchera à acquérir des droits de propriété intellectuelle sur ce matériel ou sur l'information s'y rapportant » et l'article 10 de l'accord-type prévoit la même interdiction « pour toute personne ou institution ou tout autre organisme recevant des échantillons du matériel désigné ». En vertu de l'accord de transfert de matériel, le destinataire qui accepte un échantillon est réputé accepter les conditions de l'accord-type. Il est aussi tenu de s'assurer que les parties auxquelles il distribue le matériel génétique concerné acceptent les conditions prescrites dans l'accord. Malgré tout, des cas de dépôt de brevets à partir d'échantillons de ces collections existent. Voir à ce propos le document de l'OMPI, *Principes à prendre en considération pour les clauses de la propriété intellectuelle des arrangements contractuels concernant l'accès aux ressources génétiques et le partage des avantages*, Comité intergouvernemental de propriété intellectuelle relative aux ressources génétiques, aux savoirs traditionnels et au folklore, deuxième session, Genève 10-14 Décembre 2001, p. 19. Le système multilatéral d'accès est concurrencé par l'approche bilatérale de l'accès aux ressources promue par la CDB, celle-ci convenant davantage pour le dépôt de droits de propriété intellectuelle sur les ressources collectées.

¹¹⁹⁰ L'article 14 indique que l'accord type de transfert de matériel devrait à l'avenir contenir une disposition selon laquelle l'exploitant qui commercialise un produit obtenu à partir du matériel d'origine sera tenu de reverser une part équitable des avantages qui en découlent.

technologie, il rappelle que « L'accès à ces technologies, aux variétés améliorées et au matériel génétique est accordé et/ou facilité dans le respect des droits de propriété et lois applicables concernant l'accès et conformément aux capacités nationales » et que « cet accès et ce transfert sont assurés dans des conditions qui garantissent une protection adéquate et efficace des droits de propriété intellectuelle et qui soient conformes à ceux-ci ». Enfin, concernant le partage des avantages monétaires et autres découlant de la commercialisation, l'efficacité de celui-ci est toujours mise en doute à l'heure actuelle¹¹⁹¹.

Il faut noter que, selon qu'un pays est membre du Traité FAO ou non, l'accès à ses ressources se fait selon les règles du Traité (s'il s'agit de ressources concernées par celui-ci) ou selon les règles de la CDB. Le partage des bénéfices se fait alors selon des modalités différentes. Tous les pays en développement n'ont d'ailleurs pas estimé avoir un intérêt à rejoindre ce Traité, et certains ont préféré garder leurs collections nationales hors de ce pot commun (éventuellement pour attirer la coopération internationale), raison pour laquelle certaines espèces importantes ne sont pas concernées par ce Traité¹¹⁹².

En conclusion, ce Traité manie les termes de *conservation soutenable* des ressources phylogénétiques, de *droits des agriculteurs*, de *partage d'avantages*, mais l'examen du contexte dans lequel ce traité a été élaboré donne à penser que ses objectifs premiers étaient de favoriser le développement du secteur de la sélection agricole et de celui de la biotechnologie végétale¹¹⁹³. Ces secteurs avaient besoin d'accéder aux ressources phylogénétiques, or celles-ci se trouvaient sous la souveraineté des Etats. Le texte du Préambule ne le cache pas, ces deux secteurs ont en effet besoin des ressources phylogénétiques comme matière première de leurs activités : « Les ressources phylogénétiques pour l'alimentation et l'agriculture sont la matière première indispensable à l'amélioration génétique des plantes cultivées, que ce soit par la sélection des agriculteurs, par des méthodes classiques d'amélioration des plantes ou par des biotechnologies modernes » (Préambule du Traité). Ils ont besoin d'informations sur ces ressources : « Reconnaissant que la conservation, la prospection, la collecte, la caractérisation, l'évaluation et la documentation des ressources phylogénétiques pour l'alimentation et l'agriculture jouent un rôle essentiel » (Préambule du Traité). Il s'agit, pour ces secteurs, d'une question économique cruciale : « Les questions concernant la gestion des ressources phylogénétiques pour l'alimentation et l'agriculture se trouvent à l'intersection de l'agriculture, de l'environnement et du commerce, et (...) il devait y avoir une synergie entre ces secteurs » (Préambule du Traité). Ces secteurs avaient besoin d'un accès facilité aux ressources phylogénétiques pour l'agriculture et l'alimentation, et le Traité instaure ce système d'accès facilité. C'est dans cette optique aussi que l'article 5 du Traité stipule de « recenser et inventorier » les ressources phylogénétiques, d'en

¹¹⁹¹ Depuis la résolution 4/89, il était prévu que les droits des agriculteurs seraient appliqués par le truchement du Fonds international pour les ressources phylogénétiques créé par la FAO ; en 1991, il fut prévu que ce Fonds devrait être financé sur base volontaire par les utilisateurs, ce qui, à ce jour, semble s'être soldé par un échec.

¹¹⁹² F. Thomas, V. Boisvert, *op. cit.*, p. 97.

¹¹⁹³ D'ailleurs, les utilisateurs du système multilatéral sont essentiellement des chercheurs et des industriels, notent F. Thomas et V. Boisvert, *op. cit.*, p. 97, et non les populations locales ou les agriculteurs.

« promouvoir la collecte » et « l'information pertinente », la conservation à la ferme, la conservation *in situ* et la conservation *ex situ*.

Enfin, concernant, justement, la réalisation de cet objectif de conservation, qui dépend de l'application du partage des avantages et de la stratégie de financement, on vient de souligner le caractère improbable des avantages financiers censés alimenter (avec d'éventuelles contributions volontaires) les fonds destinés à la stratégie de financement. A ce jour, l'érosion de la biodiversité n'a pas été freinée par le système mis en place. Comme le souligne un commentateur, le système multilatéral contribue non pas à répartir équitablement les avantages de l'utilisation, mais à répartir inéquitablement les charges de la conservation¹¹⁹⁴.

i) **Les Lignes directrices de Bonn sur l'accès aux ressources génétiques et le partage juste et équitable des avantages résultant de leur utilisation (2002) et le Protocole de Nagoya (2010)**

En 2002, résultat du travail du Secrétariat de la CDB, les *Lignes directrices de Bonn sur l'accès aux ressources génétiques et le partage juste et équitable des avantages résultant de leur utilisation* furent adoptées¹¹⁹⁵. Elles étaient destinées à aider les Etats à établir des mesures sur l'accès et le partage des avantages, à les guider lors de la négociation de contrats relatifs à l'accès aux ressources génétiques et au partage des avantages, et à guider en partie l'orientation d'un régime international contraignant à venir sur l'accès aux ressources génétiques et le partage des avantages dans le contexte de la CDB¹¹⁹⁶.

¹¹⁹⁴ En 2004, un Fonds mondial de diversité des cultures est entré en vigueur ; sa dotation, alimentée par les contributions obtenues, a pour but de concourir à la formation et à la conservation dans les pays en développement et dans les collections du GCRAI. En juin 2006 (Réunion de Madrid, 12-16 juin 2006), la FAO décida qu'en contrepartie de cet accès au matériel génétique du système multilatéral, les utilisateurs devraient verser 1,1 % des ventes des semences des variétés commerciales obtenues grâce à ce matériel génétique dans le cadre de la stratégie de financement du Traité. Mais certaines entreprises estiment cependant que c'est aux gouvernements de financer le fonds multilatéral et pourraient être tentées désormais de se passer du système multilatéral et d'utiliser leurs propres collections : M. Braham, *op. cit.*

¹¹⁹⁵ Décision VI/24A, Secrétariat de la CDB.

¹¹⁹⁶ Plusieurs recommandations reprises dans ces Lignes directrices de Bonn méritent d'être retenues. Les premières promeuvent évidemment l'accès facilité aux ressources : plusieurs dispositions vont dans le sens d'un accès qui soit au maximum garanti ; les fournisseurs devraient éviter d'imposer des restrictions arbitraires aux ressources génétiques et l'accès devrait être accordé aux coûts les plus bas. Mais d'autres dispositions pourraient accroître la protection des intérêts des fournisseurs de ressources. Au niveau de l'accès : un permis, une licence ou une autre procédure (transparente et accessible) devrait régler cet accès. Concernant le soutien au développement : les utilisateurs devraient s'efforcer d'utiliser les ressources génétiques dans le pays fournisseur avec sa participation ; les différentes possibilités d'avantages monétaires et non monétaires énumérées contribueraient également au développement des pays fournisseurs ; l'exigence de divulgation, de même que l'exigence de consentement de la part des pays et des communautés sont inscrites dans ces lignes directrices. Cette exigence de consentement pourrait porter sur l'utilisation des ressources ou des savoirs négociés, et des restrictions éventuelles à l'utilisation pourraient être apportées ; un respect des utilisations coutumières pourrait également être exigé. Concernant les avantages monétaires et non monétaires : la possibilité de détenir conjointement les droits de propriété intellectuelle selon le degré de contribution pourrait être prévue ; une « coopération sans réserve » en matière de recherche scientifique et de développement des technologies devrait être apportée, et des licences à des conditions préférentielles

A ce jour, de nombreux gouvernements sont entrés dans le processus de mise en œuvre de la CDB¹¹⁹⁷. En 2010, le Protocole de Nagoya sur l'accès aux ressources génétiques et le partage juste et équitable des avantages découlant de leur utilisation¹¹⁹⁸ fut adopté¹¹⁹⁹. Dans le cadre de ce Protocole, c'est, comme l'indique son article 1, via un accès satisfaisant aux ressources génétiques soumis au consentement préalable et informé des Parties et des communautés (articles 6 et 15¹²⁰⁰), un transfert approprié des technologies pertinentes - dans le respect de la propriété intellectuelle - , un financement adéquat contribuant à la conservation de la diversité biologique et à l'utilisation durable de ses éléments constitutifs qu'est conçu le partage juste et équitable des avantages soumis à des conditions convenues d'un commun accord, y compris avec les communautés (article 5 et 15)¹²⁰¹.

Comme le montre F. Thomas, le Protocole de Nagoya cherche d'une part à relancer la dynamique des contrats de bioprospection en amenant les Parties à davantage de transparence dans les procédures d'accès et à un meilleur suivi de la ressource¹²⁰², et d'autre part à instaurer un régime d'accès facilité pour la recherche non-commerciale (article 8). Or ce second point suscite

accordées ; d'autres avantages pourraient prendre la forme de droits d'accès ou de droits par échantillon, de droits de licence en cas de commercialisation, de droits versés à un fonds pour la conservation, de conditions préférentielles, de financements de recherche, de coentreprises, de copropriété de droits de propriété intellectuelle, de partage de résultats de recherche, de transferts de technologies à des conditions préférentielles, de renforcements de capacités, d'apports à l'économie locale, etc. Certains moyens de contrebalancer l'inéquité du système actuel sont donc bien connus, même s'ils sont actuellement peu mis en œuvre.

¹¹⁹⁷ D'après F. Thomas, *op. cit.*, p. 44, seuls 39 pays sur les 193 Parties à la CDB ont établi des législations nationales sur l'accès et le partage des avantages, essentiellement des pays en développement.

¹¹⁹⁸ Il s'agit d'un traité contraignant. Ce Protocole n'est pas encore entré en vigueur. Le Protocole est accessible sur <https://www.cbd.int/abs/doc/protocol/nagoya-protocol-fr.pdf>.

¹¹⁹⁹ Les deux protocoles adoptés à la suite de la CDB montrent clairement que le secteur de la biotechnologie est derrière les négociations de la CDB et de ces Protocoles. A l'article 2 du Protocole de Nagoya, l'expression *utilisation des ressources génétiques* prend explicitement l'acception de « activités de recherche et de développement sur la composition génétique et/ou biochimique de ressources génétiques, notamment par l'application de la biotechnologie ».

¹²⁰⁰ Sur la question du consentement donné par les communautés concernant l'accès à leurs savoirs traditionnels, voir les articles 7 et 16.

¹²⁰¹ Un mécanisme multilatéral mondial de partage des avantages est prévu pour traiter le partage juste et équitable des avantages résultant de l'utilisation des ressources génétiques et des connaissances traditionnelles associées aux ressources génétiques qui se trouvent dans des situations transfrontières ou pour lesquelles il n'est pas possible d'accorder ou d'obtenir le consentement préalable donné en connaissance de cause. Les avantages partagés au moyen de ce mécanisme par les utilisateurs de ressources génétiques et de connaissances traditionnelles associées aux ressources génétiques sont utilisés pour favoriser la conservation de la diversité biologique et l'utilisation durable de ses éléments constitutifs à l'échelle mondiale (article 10).

¹²⁰² A cet égard, on pourrait souhaiter, notent F. Thomas et V. Boisvert, *op. cit.*, p.56-63, que le certificat de conformité international, permis d'accès délivré par les autorités nationales compétentes et preuve internationale que l'accès à la ressource a respecté les procédures du pays fournisseur devienne obligatoire. Ce point est débattu à l'OMC et à l'OMPI dans le cadre des débats sur l'exigence de divulgation de l'origine dans le droit des brevets (cf. infra).

beaucoup de questions : ces chercheurs pourront-ils déroger aux règles ? Comment distinguer la recherche commerciale et non-commerciale ? N'est-ce pas illusoire dans le contexte des consortiums public-privés ? Cela ne risque-t-il pas de vider le Protocole d'effet, étant donné que la majorité des contrats de bioprospection passés depuis vingt ans dans le cadre de la CDB concernent justement principalement la recherche publique ?¹²⁰³

En 2014, l'UE adopta le Règlement 511/2014 afin de traduire le Protocole de Nagoya dans la législation communautaire.

Conclusion concernant la notion de patrimoine commun de l'humanité

S'ils étaient mis en œuvre, les principes à l'origine de la notion de patrimoine commun de l'humanité, entendue comme *res communis* de l'humanité, resteraient pertinents pour introduire davantage d'équité dans les relations internationales. Mais cette notion a été récupérée au profit des intérêts des secteurs de pointe et des Etats technologiquement les plus avancés. Les grands fonds marins, la science et la technologie, les ressources génétiques ne sont pas devenus de véritables patrimoines communs de l'humanité. Dans la plupart des instruments juridiques que nous avons étudiés, le respect des droits de propriété intellectuelle est ce qui fait ultimement obstacle à la traduction concrète des objectifs d'échanges équitables et de rapports de force équilibrés à travers des mécanismes de compensation, de solidarité et de redistribution. Dans un contexte d'érosion génétique, de précarisation de la conservation *in situ* et de concentration croissante de la diversité génétique *ex situ*¹²⁰⁴, piraterie et développement paraissent aller plus que jamais de pair. L'expropriation des communs reste d'actualité, et la propriété intellectuelle est ce qui la légitime. La propriété intellectuelle n'est évidemment pas la cause réelle qui fait obstacle à la mise en œuvre de transferts de technologie, de partage d'avantages et de mécanismes de compensation, de solidarité et de redistribution : la cause réelle se trouve dans les rapports de force économiques et politiques. Mais la propriété intellectuelle en est le prétexte, le discours idéologique légitimateur et un des instruments. Démontrer les fondements de ce discours idéologique, comme nous avons entrepris de le faire dans les autres chapitres de cette recherche, comporte l'intérêt de mettre crûment en évidence la piraterie délibérée à l'œuvre dans les relations internationales.

¹²⁰³ F. Thomas, V. Boisvert, *op. cit.*, p.56-63.

¹²⁰⁴ Selon la FAO *Rapport sur l'état des ressources phytogénétiques dans le monde*, 2010, le nombre comme la taille des banques de gènes ont augmenté. On en compte actuellement quelque 1 750 à travers le monde, dont environ 130 détiennent chacune plus de 10 000 entrées. La Svalbard Global Seed Vault, établie en 2008 en Norvège, fournit la collection de sauvegarde de sécurité ultime de la diversité végétale mondiale. Sur les 7,4 millions d'échantillons conservés dans le monde, les banques de gènes nationales conservent environ 6,6 millions, dont 45 pour cent dans seulement sept pays, contre douze en 1996.

2) Les débats (quelquefois surréalistes¹²⁰⁵) sur la protection à donner aux savoirs traditionnels¹²⁰⁶ associés aux ressources génétiques¹²⁰⁷

Quelques précisions et définitions préalables sont nécessaires pour comprendre le développement qui suivra.

Introduction

Les savoirs traditionnels

L'OMPI consacre un document de cinquante pages expliquant les difficultés à définir la notion de *savoirs traditionnels*¹²⁰⁸. Ces difficultés sont renforcées par le fait que, selon les contextes, de nombreuses expressions alternatives sont utilisées à la place de cette notion (*savoirs autochtones, locaux, endogènes, populaires, collectifs, tacites...*). Nous n'entrerons pas dans ces débats : nous suivrons la position des auteurs qui concluent que le terme *traditionnel* est sans doute inapproprié pour caractériser le statut épistémologique de ces savoirs, mais qu'il s'explique par sa portée politique : « La traditionnalité du savoir est une notion politique qui renvoie à la position et aux revendications d'adversaires sur le champ de bataille politique créé par le capitalisme »¹²⁰⁹.

Importance des savoirs traditionnels

¹²⁰⁵ Comme le remarque F. Thomas, *Biodiversité, biotechnologie et savoirs traditionnels*, op.cit.: « Il s'agit de mettre les connaissances et les techniques des généticiens (...) en commensurabilité avec les savoirs vernaculaires des populations sur leur écosystème, leurs pratiques agraires, leur botanique. Toute la problématique (proprement surréaliste) est désormais de savoir comment organiser cette commensurabilité ».

¹²⁰⁶ L'OMPI définit le savoir traditionnel de la façon suivante : « Les savoirs traditionnels peuvent être considérés comme : (a) les connaissances, le savoir-faire, les techniques, les innovations ou les pratiques ; (b) qui sont transmis de génération en génération ; (c) dans un contexte traditionnel ; et (d) qui font partie du style de vie traditionnel des communautés autochtones et locales qui en sont les gardiennes ou les dépositaires. Il peut s'agir, par exemple, d'un savoir agricole, écologique ou médical, ou d'un savoir associé à des ressources génétiques. On peut citer comme exemples, parmi des milliers d'autres : (a) les connaissances relatives aux médecines traditionnelles ; (b) les techniques traditionnelles de chasse ou de pêche ; (c) les connaissances sur les schémas de migration des animaux ; et (d) les connaissances en matière de gestion de l'eau. Le terme savoirs traditionnels peut aussi parfois viser autre chose : il peut couvrir le folklore ou les expressions culturelles traditionnelles, même si l'OMPI fait officiellement une distinction entre les deux notions » : <http://www.wipo.int/tk/fr/resources/faqs.html#a2> (page consultée le 06/08/2015).

¹²⁰⁷ On parle aussi de *ressources génétiques et savoirs connexes*.

¹²⁰⁸ OMPI, *Savoirs traditionnels – terminologie et définitions*, WIPO/GRTKF/IC/3/9, mai 2002 : http://www.wipo.int/edocs/mdocs/tk/fr/wipo_grtkf_ic_3/wipo_grtkf_ic_3_9.pdf (consulté le 27/01/2016).

¹²⁰⁹ J. Busingye, W. Keim, *Un champ de bataille politique : négocier un espace protégé pour les savoirs autochtones et traditionnels dans le système capitaliste*, in *Revue internationale des sciences sociales*, 1/2010 (n° 195), p. 47-66.

Les savoirs traditionnels constituent le fondement des cultures et des pratiques traditionnelles des communautés, notamment en matière d'alimentation et de santé. Leur perte équivaut donc à la destruction des cultures et des pratiques traditionnelles. Inversement, la disparition croissante des communautés traditionnelles, particulièrement en raison de leur milieu de vie menacé, entraîne la perte de leurs savoirs. Or, la sauvegarde de ces derniers est essentielle pour les pays en développement : 80% de la population mondiale continue à utiliser des savoirs et méthodes traditionnels pour se nourrir et se soigner. La médecine traditionnelle est d'utilisation courante dans l'ensemble des pays en développement. Une résolution donne d'ailleurs pour mission à l'OMS d'aider les États à intégrer les systèmes traditionnels de soin dans leur système de santé. L'usage de la médecine traditionnelle est également répandu, et même croissant, dans les pays industrialisés : le marché mondial des plantes médicinales représente plusieurs milliards de dollars par an. Par ailleurs, les savoirs traditionnels et les substances naturelles sont à la base de nombreuses innovations dans le domaine pharmaceutique et agro-alimentaire et continuent de jouer un rôle primordial pour les laboratoires. Près de 75% des produits pharmaceutiques commercialisés depuis 1970 auraient été découverts grâce à l'examen de l'utilisation des plantes dans les médecines traditionnelles. Comme le rapporte un chercheur, 56% des 150 médicaments les plus prescrits aux États-Unis sont basés sur des composants chimiques dérivés de plantes. 40% des produits pharmaceutiques de l'Occident contiennent des extraits de plantes. Les tests effectués en laboratoire démontrent que 75% des plantes prospectées avec l'aide des communautés traditionnelles possèdent des propriétés pharmacologiques, contre seulement 8% à 15% des plantes testées au hasard par les scientifiques. Les savoirs traditionnels augmenteraient très fortement l'efficacité de la bioprospection¹²¹⁰.

La bioprospection

En raison des obstacles liés aux récents régimes d'accès et de partage des avantages de certains pays riches en biodiversité, la bioprospection a changé de forme depuis les années 1990 : de nombreuses entreprises ont mis un terme à leurs recherches de terrain et travaillent maintenant sur des bases de données accumulées auparavant. Selon une thèse récente, quatre compagnies maintiennent toujours des programmes d'exploitation de produits naturels (Novartis, Wyeth, Merck et Sanofi-Aventis) ; d'autres auraient transféré ces activités à des entreprises sous-traitantes¹²¹¹.

La biopiraterie

Le terme *biopiraterie* a été mis en avant en 1993 par l'ONG RAFI. Cette expression désignait la collecte de ressources biologiques et de savoirs traditionnels par des entreprises multinationales et des institutions scientifiques sans autorisation des communautés ou des gouvernements concernés.

¹²¹⁰ H. Mercer, *L'accès et le partage des avantages des savoirs traditionnels en Amérique latine : comment les droits de propriété intellectuelle peuvent empêcher la biopiraterie* (thèse), Université de Montréal, 2013.

¹²¹¹ *Ibidem*.

Les cas qualifiés de biopiraterie sont nombreux. Quelques-uns sont célèbres comme ceux qui concernent l'ayahuasca, le curcuma, le hoodia, le margousier ou le neem, la brazzéine, la thaumatococcus, le haricot jaune du Mexique, le basmati, la stevia, le rooibos, la mamala, la kava, le barbasco, le endod, ... Mais leur nombre global est difficile à estimer, d'une part en raison d'un manque d'information, et d'autre part en raison de l'imprécision de la notion de biopiraterie : en effet, l'utilisation commerciale d'un produit dérivé d'une ressource ou d'un savoir traditionnel peut poser problème à leurs détenteurs originels à plusieurs égards :

- les communautés ne considèrent pas nécessairement leurs savoirs et leurs ressources comme faisant partie du domaine public et comme étant en libre accès ;
- elles ne sont pas nécessairement d'accord avec la logique de dépôt de droits de propriété intellectuelle et d'obtention d'un monopole commercial sur les innovations qui résultent des ressources et savoirs traditionnels ;
- ces droits et monopoles commerciaux portent parfois sur des ressources ou des savoirs traditionnels eux-mêmes ;
- les communautés n'ont pas nécessairement donné leur consentement ni à la bioprospection, ni au dépôt de droits de propriété intellectuelle, ni à la commercialisation de certains aspects de leurs cultures traditionnelles ;
- les communautés et les Etats reçoivent peu de reconnaissance, de bénéfices ou de compensation financière pour leur contribution ;
- des communautés se sont vues confisquer l'accès à certaines de leurs ressources ou pratiques traditionnelles en raison de droits de propriété intellectuelle déposés par des entreprises ou des instituts de recherche.

Comme le résume un chercheur, ces pratiques qualifiées de biopiraterie peuvent entraîner :

- des pertes économiques pour les communautés ou les Etats et des conséquences sociales et morales pour les communautés qui sont exclues du processus de développement commercial de l'innovation, qui n'obtiennent pas de partage d'avantages, ne bénéficient pas de création d'emploi, d'investissements étrangers, de formations et d'échanges scientifiques ;
- un affront culturel et spirituel lorsque certains usages commerciaux d'objets culturellement sensibles sont exercés hors de la communauté sans son consentement ;
- un affront culturel en ce que le rôle scientifique des savoirs traditionnels est ignoré et n'est pas valorisé ;
- une surexploitation des ressources identifiées comme potentiellement intéressantes¹²¹².

Lutte contre la biopiraterie

¹²¹² *Ibidem*.

La question de la protection des savoirs traditionnels est abordée dans de nombreux forums, organisations, institutions et déclarations : l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI), l'OMC (dans le cadre de l'ADPIC), la Convention sur la diversité biologique (CDB), mais aussi la FAO, l'UNESCO, l'UPOV, le PNUD, le PNUE, la CNUCED, l'Organisation internationale du travail (OIT)¹²¹³, des organisations représentant les populations autochtones et autres détenteurs de traditions¹²¹⁴, l'organisation des pays riches en biodiversité, à l'origine de la Déclaration de Cancun des peuples indigènes en 2003¹²¹⁵, le Groupe de travail sur les populations autochtones de la Sous-Commission de la Commission des droits de l'homme des Nations-Unies, auteur d'une Déclaration sur les droits des peuples autochtones en 2007¹²¹⁶, plusieurs droits nationaux et régionaux, l'Organisation de l'unité africaine (OUA), des ONG, des entreprises, etc.¹²¹⁷ Nous ne pouvons pas rendre compte de tous ces travaux dans le cadre de cette recherche : cela nous conduirait à des digressions qui nous feraient perdre de vue notre démonstration première. Néanmoins, ce sujet trouve son importance dans le contexte de ce travail. En effet, d'une part la question de la protection des savoirs traditionnels a été introduite par la FAO, avec celle du partage des avantages, *en contrepartie de l'accès aux ressources génétiques* dans le cadre du système multilatéral d'accès aux ressources phytogénétiques (cf. *supra*) ; d'autre part, comme nous l'avons noté, certains brevets sur des innovations découlant de ressources ou de savoirs traditionnels ont donné lieu à des accusations de biopiraterie.

La réflexion sur la protection des savoirs traditionnels s'est donc progressivement développée dans le but de valoriser les innovations traditionnelles à l'instar des innovations modernes, et dans celui d'empêcher le dépôt de droits de propriété intellectuelle indus portant sur des ressources ou des savoirs traditionnels. Il est intéressant de déterminer si et dans quelle mesure, en un peu plus de vingt ans, les promesses de contreparties au système multilatéral et la réflexion en matière de lutte contre la biopiraterie se sont concrétisées. A cet effet, nous nous pencherons sur les débats et les résultats obtenus à ce jour sur cette question d'une part dans le cadre de l'OMPI et de l'ADPIC qui jouent un rôle central en matière de propriété intellectuelle, et

¹²¹³ Voir la Convention 169 de l'OIT qui traite spécifiquement des droits des peuples indigènes et tribaux.

¹²¹⁴ Voir par exemple, parmi de nombreuses autres initiatives, les Déclarations de Suva et de Matuaata.

¹²¹⁵ Le texte de la Déclaration de Cancun est accessible à la page suivante : <http://www.gitpa.org/Autochtone%20GITPA%20300/gitpa%20300-5-3%20cancun.htm> (page consultée le 06/08/2015).

¹²¹⁶ Selon l'article 31 de cette Déclaration : « 1. Les peuples autochtones ont le droit de préserver, de contrôler, de protéger et de développer leur patrimoine culturel, leur savoir traditionnel et leurs expressions culturelles traditionnelles ainsi que les manifestations de leurs sciences, techniques et culture, y compris leurs ressources humaines et génétiques, leurs semences, leur pharmacopée, leur connaissance des propriétés de la faune et de la flore, leurs traditions orales, leur littérature, leur esthétique, leurs sports et leurs jeux traditionnels et leurs arts visuels et du spectacle. Ils ont également le droit de préserver, de contrôler, de protéger et de développer leur propriété intellectuelle collective de ce patrimoine culturel, de ce savoir traditionnel et de ces expressions culturelles traditionnelles. 2. En concertation avec les peuples autochtones, les États prennent des mesures efficaces pour reconnaître ces droits et en protéger l'exercice » : texte de la Déclaration sur les droits des peuples autochtones accessible à la page suivante : http://www.un.org/fr/documents/view_doc.asp?symbol=A/RES/61/295 (page consultée le 06/08/2015).

¹²¹⁷ Cette liste n'est pas exhaustive.

d'autre part dans le cadre des travaux prolongeant la CDB, puisque nous avons consacré un point à l'analyse de cette Convention.

Les débats sur la protection des savoirs traditionnels dans le cadre de l'ADPIC

La Déclaration de Doha¹²¹⁸ avait exigé, parmi d'autres points, l'examen de la relation entre l'ADPIC, la CDB et la protection des savoirs traditionnels. Cet examen débuta dès 2002 : durant dix ans, les membres de l'ADPIC ont échangé leurs positions et expériences dans une série de rapports. A notre connaissance, le dernier rapport officiel sur l'avancement de cet examen date de 2011¹²¹⁹. Il ressort de ces rapports que les membres de l'ADPIC sont divisés sur cette question. D'un côté, comme le souligne un rapport de synthèse de l'OMC¹²²⁰, un groupe important de pays en développement a proposé un amendement de l'ADPIC pour introduire, dans le droit des brevets, l'exigence de divulgation de la source des ressources et des savoirs utilisés dans l'innovation. D'un autre côté, un certain nombre de pays technologiquement à la pointe sont opposés à des négociations sur cette question. Selon eux, la divulgation ne permet pas d'atteindre les objectifs communs à tous les membres, à savoir éviter les brevets « *délivrés par erreur* »¹²²¹. Pour le Japon, « les informations sur le pays d'origine/le pays fournisseur/la source des ressources génétiques et des savoirs traditionnels connexes n'est d'aucune aide à l'examineur lorsqu'il doit se prononcer sur la nouveauté et l'activité inventive. Il en va de même de la preuve du consentement préalable donné en connaissance de cause et de celle du partage des avantages »¹²²². Pour les Etats-Unis, « s'agissant des brevets délivrés à tort, des propositions telles que celles qui portent sur l'utilisation de bases de données consultables et structurées, (...) et sur le recours à des procédures d'opposition et/ou de réexamen après délivrance peuvent permettre de réaliser directement cet objectif »¹²²³. Ces objectifs pourraient donc, selon ces membres, être atteints sans amender l'ADPIC, en établissant, par exemple, des bases de données sur les savoirs traditionnels mises à la disposition des examinateurs de brevets (proposition du Japon¹²²⁴) d'une part, et par des lois nationales régissant des arrangements contractuels sur l'accès et le partage des avantages

¹²¹⁸ Il s'agit de la Déclaration de la quatrième Conférence ministérielle tenue en novembre 2001 à Doha. Le paragraphe 19 de la Déclaration stipule: « Nous donnons pour instruction au Conseil des ADPIC, dans la poursuite de son programme de travail, y compris au titre du réexamen de l'article 27:3 b), de l'examen de la mise en œuvre de l'Accord sur les ADPIC au titre de l'article 71:1 et des travaux prévus conformément au paragraphe 12 de la présente déclaration, d'examiner, entre autres choses, la relation entre l'Accord sur les ADPIC et la Convention sur la diversité biologique, la protection des savoirs traditionnels et du folklore et autres faits nouveaux pertinents relevés par les Membres conformément à l'article 71:1. Dans la réalisation de ces travaux, le Conseil des ADPIC sera guidé par les objectifs et principes énoncés aux articles 7 et 8 de l'Accord sur les ADPIC et tiendra pleinement compte de la dimension développement ». Le texte de la Déclaration de Doha est accessible à la page suivante : http://www.wto.org/french/thewto_f/minist_f/min01_f/mindecl_f.htm (page consultée le 06/08/2015).

¹²¹⁹ Rapport OMC WT/GC/W/633, 2011.

¹²²⁰ Rapport OMC TN/C/W/50, 2008.

¹²²¹ Comme par exemple celui sur le curcuma (brevet US 5401504) ou celui sur le neem (brevet EP 436257).

¹²²² Rapport OMC IP/C/W/472, 2006.

¹²²³ Rapport OMC IP/C/W/469, 2006.

d'autre part (proposition des Etats-Unis¹²²⁵) : « L'expérience montre que le moyen le plus efficace de réaliser les objectifs partagés par tous, consistant à assurer un accès approprié aux savoirs et ressources et le partage des avantages qui résultent de leur utilisation, est l'adoption, hors du cadre des brevets, de lois nationales qui peuvent régir plus directement et plus efficacement les comportements pertinents » (position des Etats-Unis¹²²⁶). En 2002, la Communauté européenne estimait elle aussi que l'exigence de divulgation « ne devrait pas être, ni de fait ni de droit, un critère de brevetabilité formel ou matériel additionnel. Il conviendrait que les conséquences juridiques du nonrespect de cette prescription se situent hors du champ d'application de la législation sur les brevets »¹²²⁷. La Communauté européenne était favorable à ce qu'un régime multilatéral *sui generis* portant sur la protection des savoirs traditionnels soit conclu dans le cadre de l'OMPI, plutôt que dans le cadre de l'ADPIC¹²²⁸.

En l'absence d'un consensus sur la nécessité de faire évoluer l'ADPIC sur cette question, celui-ci connaît donc un *statu quo*. Mais ce *statu quo* n'est pas neutre : des négociations sur ce thème ont pris place au sein de l'OMPI et, dans l'attente de la conclusion de ces négociations, c'est l'ADPIC, non actualisé sur cette question, qui dicte sa loi dans le cadre des travaux qui prolongent la CDB (cf. infra).

Les débats sur la protection des savoirs traditionnels dans le cadre des travaux prolongeant la Convention sur la diversité biologique (CDB)

Dans le contexte du suivi de la CDB, un groupe de travail¹²²⁹ a été chargé de réfléchir au développement d'éléments de systèmes *sui generis* de protection des savoirs traditionnels, ainsi qu'à la prévention des appropriations illicites¹²³⁰ des savoirs traditionnels et des

¹²²⁴ Rapport OMC IP/C/W/504, 2007.

¹²²⁵ Rapports OMC IP/C/W/434, 2004 ; IP/C/W/449, 2005 ; IP/C/W/469, 2006.

¹²²⁶ Rapport OMC IP/C/W/434, 2004.

¹²²⁷ Rapport OMC IP/C/W/383, 2002.

¹²²⁸ « Les CE sont favorables à la poursuite des travaux visant à élaborer un modèle international *sui generis* de protection juridique des savoirs traditionnels au sein de l'OMPI. Pour l'heure, le Conseil des ADPIC n'est pas le lieu indiqué pour négocier un régime de protection pour un sujet complexe et nouveau tel que celui des savoirs traditionnels ou du folklore. Dans l'idéal, l'OMC devrait pouvoir tirer profit des travaux du Comité intergouvernemental de la propriété intellectuelle relative aux ressources génétiques, aux savoirs traditionnels et au folklore de l'OMPI. Selon l'issue du processus engagé par l'OMPI, il appartiendra au Conseil des ADPIC de décider si les résultats obtenus justifient d'autres travaux à l'OMC » (Rapport OMC IP/C/W/383, 2002, p. 3).

¹²²⁹ Le Groupe de travail sur l'article 8j.

¹²³⁰ Concernant l'expression *appropriation illicite*, il est intéressant de noter que les Etats-Unis considèrent que les brevets ne constituent en rien une appropriation illicite : « Dans le contexte du présent débat, "appropriation illicite" s'entend de la collecte ou de l'utilisation abusives de ressources génétiques ou de savoirs traditionnels. L'obtention d'un brevet n'est pas, en soi, une appropriation illicite » : Rapport OMC, IP/C/W/434, 2004, p. 3.

ressources génétiques associées, et d'élaborer des directives pour aider les États à mettre sur pied des législations ou d'autres systèmes en la matière.

Une décision intitulée *Éléments de systèmes sui generis pour la protection des connaissances traditionnelles*¹²³¹ a été adoptée en 2010. Cette décision, parmi d'autres¹²³², encourage les Parties à la CDB qui ne l'auraient pas encore fait à développer des systèmes *sui generis* pour la protection des savoirs traditionnels. Une autre décision intitulée *Code de conduite éthique Tkarihwaïé : ri pour assurer le respect de l'héritage culturel et intellectuel des communautés autochtones et locales*¹²³³ date également de 2010. La propriété intellectuelle figure parmi les principes *éthiques* généraux pris en compte dans le cadre de cette seconde décision :

- une première disposition de ce Code de conduite permet aux communautés locales et autochtones d'identifier et de désigner le(s) détenteur(s) approprié(s) de leurs savoirs traditionnels¹²³⁴ ;
- une seconde indique que les revendications de propriété intellectuelle sur les savoirs traditionnels doivent être prises en compte avant toute activité¹²³⁵ ;
- une troisième explique que la propriété intellectuelle sur les savoirs traditionnels peut être collective ou individuelle¹²³⁶ ;
- selon une quatrième disposition, la confidentialité doit être respectée et soumise au droit national. Les savoirs traditionnels ne doivent pas être assimilés à un domaine public. L'utilisation et la divulgation des savoirs traditionnels doivent faire l'objet d'un consentement¹²³⁷.

¹²³¹ Décision X/41.

¹²³² La Décision XI/14 E, datant de 2012, porte sur le même thème (cf. infra). Cette décision est accessible à la page suivante : <http://www.cbd.int/doc/decisions/cop-11/full/cop-11-dec-fr.pdf> (page consultée le 6 août 2015).

¹²³³ Décision X/42.

¹²³⁴ « 4. Where consent or authority of indigenous and local communities is required with respect to traditional knowledge associated with the conservation and sustainable use of biodiversity, it is the right of indigenous and local communities, according to their customary law and procedures, to identify the relevant holders of their knowledge ».

¹²³⁵ « A. General ethical principles » (...) « Intellectual property: 8. Community and individual concerns over, and claims to, cultural and intellectual property relevant to traditional knowledge, innovations and practices related to the conservation and sustainable use of biodiversity should be acknowledged and addressed in the negotiation with indigenous and local communities, prior to starting activities/interactions ».

¹²³⁶ « Safeguarding collective or individual ownership : 13. The resources and knowledge of indigenous and local communities can be collectively or individually owned. Those interacting with indigenous and local communities should seek to understand the balance of collective and individual rights and obligations. The right of indigenous and local communities to safeguard, collectively or otherwise, their cultural and intellectual heritage, tangible and intangible, should be respected ».

Récemment, une *Note sur les systèmes sui generis et les projets d'éléments de systèmes sui generis*¹²³⁸ a fourni des suggestions et des recommandations¹²³⁹ relatives aux systèmes *sui generis*¹²⁴⁰. On trouve notamment, dans cette note :

- une réflexion sur le fait que la notion de domaine public, telle que nous l'entendons, n'est pas adaptée aux savoirs traditionnels et que, dans le cadre du concept de domaine public, la recherche du détenteur des connaissances, l'obligation de consentement préalable et en connaissance de cause et le partage des avantages pourraient être requis¹²⁴¹.
- l'idée que certains instruments de propriété intellectuelle pourraient être adaptés afin de mieux répondre aux besoins des détenteurs de connaissances traditionnelles, l'idée selon laquelle des droits inaliénables détenus à perpétuité pourraient être reconnus sur

¹²³⁷ « Confidentiality : 31. Confidentiality of information should be respected, subject to national law. Information imparted by the indigenous and local communities should not be used or disclosed for purposes other than those for which it was consented to, and cannot be passed on to a third party without the consent of the indigenous and local community. In particular, confidentiality ought to be applied to sacred and/or secret information. Those working with indigenous and local communities should be aware that concepts such as "the public domain" may not adequately reflect the cultural parameters of many indigenous and local communities ».

¹²³⁸ Document UNEP/CBD/WG8J/8/6 et Add. Cette Note fait suite à la décision XI/14 E.

¹²³⁹ Par exemple, à la p. 14 de cette Note : « Les droits potentiels des détenteurs de connaissances traditionnelles reconnus dans le cadre d'un système *sui generis* pourraient inclure : a) Des droits inaliénables détenus à perpétuité aussi longtemps que les connaissances existent; b) Le droit d'attribuer, transférer et couvrir par licence les connaissances traditionnelles qui ont une utilisation commerciale; c) La protection contre toute reproduction, utilisation ou exploitation des connaissances traditionnelles; (...) e) La possibilité d'avoir un ensemble différent de droits sur les connaissances qui sont reconnues comme relevant du « domaine public »; (...) ou encore p. 5 : « Les systèmes *sui generis* pourraient : a) Reconnaître et enregistrer comme il se doit, que les communautés autochtones et locales ont la propriété des connaissances traditionnelles et sont les détentrices de ces connaissances, b) Contrôler l'accès, la divulgation et l'utilisation des connaissances traditionnelles, c) Exercer le droit d'exiger le consentement préalable en connaissance de cause et l'élaboration de conditions convenues d'un commun accord pour toute utilisation des connaissances traditionnelles, d) Sensibiliser les utilisateurs des connaissances traditionnelles aux obligations du droit coutumier, e) Exclure les utilisations inappropriées par des tiers, f) Garantir qu'elles obtiennent des avantages justes et équitables de l'application plus large de leurs connaissances, g) Créer des mécanismes de protection à l'échelon international, du gouvernement national et dans le cadre du droit coutumier concerné (...) ».

¹²⁴⁰ Il existe également, sur le site de la CDB, un Portail d'information sur les savoirs traditionnels (Portail TKIP) qui vise à promouvoir la sensibilisation à la protection des savoirs traditionnels auprès des peuples autochtones et communautés locales.

¹²⁴¹ P. 12 de cette Note : « Dans le cadre des lois de propriété intellectuelle actuelles, des droits de propriété intellectuelle ne peuvent pas être conférés aux connaissances traditionnelles tombées dans le domaine public. Cependant, de nombreuses communautés locales et autochtones considèrent que ces connaissances traditionnelles, bien que tombées dans le domaine public, demeurent la propriété des communautés et devraient répondre à leur consentement préalable et en connaissance de cause avant d'être utilisées. (...) Dans le cadre du concept de domaine public, la recherche du détenteur des connaissances et d'un consentement préalable et en connaissance de cause par un détenteur identifiable pourrait être requis, de même que l'application des dispositions concernant le partage des avantages et, s'il y a eu un changement d'utilisation, la recherche d'un consentement préalable plus ancien. (...) Ainsi, s'agissant du contexte des connaissances traditionnelles, il serait plus approprié d'employer l'expression « publiquement disponible » plutôt que « domaine public ».

les savoirs traditionnels, et l'idée de licences sur les connaissances traditionnelles qui ont une utilisation commerciale¹²⁴²;

- l'idée que les droits reconnus aux connaissances traditionnelles dans les systèmes *sui generis* devraient protéger le partage des semences et des savoirs, l'échange libre et équitable des ressources entre les individus, les familles et les communautés avoisinantes¹²⁴³ ;

- ou encore l'idée que les systèmes *sui generis* pourraient incorporer des dispositions inhérentes au droit coutumier permettant de garantir l'utilisation appropriée des connaissances, et de prévoir éventuellement des restrictions et des interdictions¹²⁴⁴.

La Note suggère également (tout en étant en accord avec la position de l'UE selon laquelle tous les éléments de systèmes *sui generis* doivent être en conformité avec les obligations internationales, y compris le droit de la propriété intellectuelle), qu'un cadre multilatéral *sui generis* fixant des normes minimales pourrait être requis¹²⁴⁵.

Ainsi, 22 ans après la CDB, une réflexion approfondie concernant la protection des savoirs traditionnels a bien été menée et de nombreuses propositions ont été développées¹²⁴⁶. Néanmoins, certaines de ces propositions ne sont pas aisément compatibles avec le droit de la propriété intellectuelle actuel (comme par exemple l'idée d'un droit inaliénable à perpétuité) ou posent encore de nombreux défis politiques. Et si l'UE, les Etats-Unis, le Japon et d'autres membres de l'OMC estiment effectivement que les systèmes *sui generis* doivent être conformes au droit de la propriété intellectuelle, ils ne souhaitent toutefois pas faire évoluer l'ADPIC dans le sens requis par ces propositions. Il en résulte de nouveau un *statu quo*, mais celui-ci n'est qu'apparent car, sur le plan culturel, la propriété intellectuelle progresse incontestablement en tant que valeur. Elle est désormais reconnue dans le cadre des débats à la CDB comme un principe éthique (et pas simplement juridique). Ainsi, par exemple, le fait qu'une réflexion soit menée sur la possibilité d'aménager la notion de domaine public de sorte qu'elle puisse donner lieu à des conditions d'accès (paiement, consentement,...)¹²⁴⁷ au

¹²⁴² *Ibidem*, p. 14.

¹²⁴³ *Ibidem*, p. 14.

¹²⁴⁴ *Ibidem*, p. 14.

¹²⁴⁵ *Ibidem*, p. 19.

¹²⁴⁶ A notre connaissance, le document officiel le plus récent (au 15/01/2016) abordant ces questions est le document UNEP/CBD/COP/DEC/XII/12, *Rapport d'activité sur la mise en oeuvre du programme de travail sur l'article 8 j) et les dispositions connexes de la Convention et mécanismes visant à promouvoir la participation effective des communautés autochtones et locales aux travaux de la Convention*, du 13/10/2014. Ce document n'introduit rien de vraiment nouveau par rapport à ce qui a été dit précédemment.

¹²⁴⁷ On peut, il est vrai, voir les choses de la façon suivante : « Les règles de propriété intellectuelle considèrent que toutes les connaissances relèvent du domaine public à moins d'être protégées par des brevets ou autres droits de propriété intellectuelle. G. Dutfield fait valoir qu'il existe des domaines privés, autres que ceux prévus par le système de propriété intellectuelle, définis dans le cadre des règles coutumières et que l'incapacité de les prendre en considération constitue la principale lacune de ce système pour ce qui est des

lieu de revendiquer l'aménagement du droit de la propriété intellectuelle (de ses exceptions, des définitions de la nouveauté, de l'activité inventive, de l'état de la technique, etc.) témoigne bien de la progression culturelle de la propriété intellectuelle en tant que valeur.

L'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI) et la protection des savoirs traditionnels

A la fin des années 90, interrogés sur leurs revendications dans le cadre du lancement des travaux de l'OMPI sur la propriété intellectuelle relative aux ressources génétiques, aux savoirs traditionnels et au folklore¹²⁴⁸, les pays d'Amérique latine et des Caraïbes soulignaient le marché important que représentent les innovations mises au point à partir des ressources et des savoirs traditionnels et l'absence de partage équitable des avantages découlant de ces innovations, et indiquaient que les savoirs pratiques, les savoir-faire, de même que, souvent, les ressources génétiques locales elles-mêmes, témoignent d'un travail intellectuel, et donc d'une valeur ajoutée par rapport à l'état naturel, qu'il serait inéquitable de ne pas reconnaître au même titre que celui qui se trouve à l'origine des innovations protégées par des droits de propriété intellectuelle^{1249 1250}.

Ces arguments témoignent d'une évolution notable. Dans un premier temps, comme on l'a vu, la notion de patrimoine commun de l'humanité avait en effet été appliquée aux ressources (cf. supra), aux savoirs traditionnels, ainsi qu'au folklore¹²⁵¹. L'évolution récente a conduit au contraire à considérer certains de ces éléments comme des ressources au sens propre. Leur appartenance au domaine public a été remise en question¹²⁵². Une nouvelle vision de l'équité s'est fait jour sur cette question, une vision désormais fondée non sur un accès équitable pour tous aux ressources, savoirs et savoir-faire traditionnels, mais sur une conception de la propriété

connaissances traditionnelles. Aussi est-il souhaitable de faire repasser l'essentiel des connaissances traditionnelles dans le domaine privé des communautés autochtones et des autres communautés traditionnelles » (UNESCO, J. Blake, *op. Cit.*). Cette approche pourrait comporter le risque de faire basculer, par extension, l'ensemble des patrimoines traditionnels, puis progressivement des portions de plus en plus importantes du domaine public vers un domaine privé.

¹²⁴⁸ L'OMPI entama son travail sur cette question en 1998 en interrogeant les détenteurs de savoirs traditionnels (3000 communautés dans 60 endroits du monde situés dans 28 pays) sur leurs besoins et leurs attentes en la matière. En 2000, le Comité intergouvernemental de l'OMPI sur la propriété intellectuelle relative aux ressources génétiques, aux savoirs traditionnels et au folklore (IGC) fut créé. Un document synthétise le travail d'enquête mené par l'OMPI en 1998-1999 : OMPI, *Savoirs traditionnels : besoins et attentes en matière de propriété intellectuelle, Rapport de l'OMPI sur les missions d'enquête consacrées à la propriété intellectuelle et aux savoirs traditionnels (1998-1999)*, 2001.

¹²⁴⁹ Un argument en faveur de la protection des savoirs traditionnels par la propriété intellectuelle réside dans l'article 27 de la Déclaration universelle des droits de l'homme ainsi que dans l'article 15 (1) du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels qui exigent des Etats qu'ils reconnaissent le droit « de participer à la vie culturelle ; de bénéficier du progrès scientifique et de ses applications ; de bénéficier de la protection des intérêts moraux et matériels découlant de toute production scientifique, littéraire ou artistique dont il est l'auteur ».

¹²⁵⁰ Ces pays insistaient également sur l'utilité future probable de ces savoirs et de ces ressources dans l'élaboration de solutions à des problèmes non encore résolus à l'heure actuelle, et sur l'intérêt, sinon la nécessité, dans cette optique, de leur préservation.

intellectuelle équitable, c'est-à-dire qui « rende justice » aux différents types d'innovations, traditionnelles ou modernes.

L'argument déterminant, d'un point de vue communicationnel, permettant d'expliciter aux yeux du monde la position des pays du Sud fut celui de la biopiraterie¹²⁵³ : dans leurs rapports respectifs à l'OMPI, les pays d'Afrique, d'Amérique latine et des Caraïbes insistaient tous sur la nécessité que les savoirs traditionnels soient pris en compte dans l'examen des brevets afin d'éviter les pratiques de biopiraterie. Deux philosophies assez divergentes ressortent cependant des rapports établis sur cette question :

– certaines communautés refusent la mise à disposition de certains savoirs traditionnels au public. Elles dénoncent les pratiques liées au droit de la propriété intellectuelle pouvant conduire, à travers la divulgation de savoirs contre leur gré, à la commercialisation d'objets culturellement sensibles. C'est en cela que la biopiraterie est une pratique qui fait, de leur part, l'objet de dénonciations. Les débats sur les savoirs traditionnels ont donc été l'occasion de revendications en faveur du droit coutumier contre le droit international, en faveur des droits des communautés contre ceux de l'Etat, à l'encontre du droit de la propriété intellectuelle moderne (bien que ces communautés restent dans une optique de propriété intellectuelle au sens large), et même, pour certaines communautés, à l'encontre de la notion de patrimoine commun de l'humanité.

– d'autres communautés, par contre, ne refusent pas la diffusion des savoirs traditionnels au-delà de la communauté et recherchent davantage, à travers leur dénonciation de la biopiraterie, soit le parti commercial, soit la reconnaissance d'une contribution intellectuelle et d'une certaine équité dans les échanges et dans l'application des droits de propriété intellectuelle.

¹²⁵¹ Voir la Convention pour la protection du patrimoine mondial, culturel et naturel de 1972, la Recommandation de l'UNESCO de 1989 sur la sauvegarde de la culture traditionnelle et populaire (dans son préambule, cette Recommandation considère la culture traditionnelle et populaire comme « faisant partie du patrimoine universel de l'humanité ») et la Convention pour la sauvegarde du patrimoine culturel immatériel de 2003. Le préambule des Dispositions types de législation nationale sur la protection des expressions du folklore contre leur exploitation illicite et autres actions dommageables, adoptées à la fois par l'UNESCO et l'OMPI en 1982, précise par contre que « le folklore représente une part importante de l'existence de l'héritage culturel de la nation, développé et maintenu par les communautés au sein de la nation ou par les individus répondant aux aspirations de cette communauté ». En ce qui concerne la culture traditionnelle et populaire, une division du travail s'est faite progressivement entre l'UNESCO et l'OMPI, l'UNESCO s'occupant de la question générale de la sauvegarde de ce patrimoine et l'OMPI des aspects de la protection concernant la propriété intellectuelle.

¹²⁵² D'après l'UNESCO, dans les pays industrialisés, par contre, le folklore est généralement considéré comme appartenant au domaine public, si bien qu'on observe dans ces Etats une résistance à l'idée d'une extension de la protection au-delà de celle que fournissent déjà les droits de propriété intellectuelle classiques : <http://unesdoc.unesco.org/images/0012/001237/123744f.pdf> (page consultée le 06/08/2015).

¹²⁵³ Si l'OMPI admet l'existence d'*appropriation illicite* et d'*utilisation abusive* de savoirs traditionnels, elle ne reconnaît pas la notion de *biopiraterie* ou de *biopiratage* : « Le biopiratage est un terme utilisé parfois abusivement (nous soulignons) pour désigner des brevets dans le domaine de la biodiversité qui ne remplissent pas les critères de brevetabilité ou ne sont pas conformes aux obligations découlant de la CDB, mais il n'a pas de signification convenue » : <http://www.wipo.int/tk/fr/resources/faqs.html#a5> (page consultée le 06/08/2015).

Le fait que nos critères actuels de propriété intellectuelle (nouveau, originalité, activité inventive, non évidence) ne conviennent pas vraiment aux savoirs traditionnels, dont le caractère innovant est souvent plus ancien, plus diffus, plus collectif et plus cumulatif, et que ces critères justifient leur exclusion de l'économie est perçu, par certaines communautés et pays en développement, comme inéquitable¹²⁵⁴. Pour certains d'entre eux, la notion de domaine public telle que nous la concevons ne peut pas légitimement s'appliquer aux savoirs et ressources traditionnels.

Un autre problème rencontré par les pays du Sud et les communautés locales, à la fin des années 90, dans le cadre de leurs tentatives d'éradication des pratiques de biopiraterie sur les ressources génétiques et les savoirs traditionnels, concerne la conception restrictive de l'état de la technique de certains pays (notamment les Etats-Unis et le Japon). Selon le droit des brevets de certains Etats, en effet, les informations tenues secrètes, ou divulguées au sein d'une communauté, ou même largement connues dans plusieurs communautés suite aux échanges, n'étaient pas considérées comme rendues publiques, et donc comme faisant partie de l'état de la technique. Il pouvait en être de même pour les divulgations orales : il ne suffisait pas que ces savoirs existent, soient connus ou utilisés, même dans différents lieux du monde, pour entrer dans l'état de la technique. Pour être considérées comme publiques, les informations devaient être mises à la disposition du public, c'est-à-dire être divulguées et accessibles (via des documents imprimés, par le biais de bases de données ou d'une divulgation à une autre personne non tenue au secret, par exemple)¹²⁵⁵.

Certaines communautés détentrices de ressources ou de savoirs traditionnels souhaitent donc que fasse partie de l'état de la technique ce qui est connu par l'usage, la tradition orale, etc., tout en revendiquant des avantages en cas d'innovations consécutives à ces technologies traditionnelles. D'autres communautés souhaitent que des savoirs secrets puissent être protégés

¹²⁵⁴ Sans doute ces critères ne s'appliquent-ils pas non plus autant qu'on voudrait le faire croire à nos technologies, elles aussi caractérisées par des processus d'innovation cumulatifs, collectifs et prédateurs du domaine public. Mais si c'est là le point de vue que nous défendons dans cette recherche, ce n'est évidemment pas celui de l'OMPI.

¹²⁵⁵ « On a fait observer que certains Membres définissaient la nouveauté, abstraction faite des données mises à la disposition du public par l'utilisation ou la tradition orale en dehors de leur territoire national » (OMC, IP/C/W/369/Rev.1, 2006, *op. cit.*) ; « De nombreux Etats (dont les Etats-Unis et le Japon) qui ne reconnaissent pas comme antécédents les connaissances traditionnelles qu'aucun document écrit n'atteste, les exposent au brevetage. L'UNESCO pourrait jouer un rôle en apportant son aide à l'élaboration de principes en vertu desquels les connaissances traditionnelles seraient attestées par des documents écrits lorsque les communautés de détenteurs le souhaitent » (UNESCO, J. Blake, *op. cit.*) ; « Certains Etats font abstraction des données techniques rendues publiques en dehors de leur territoire national consécutivement à une simple utilisation antérieure ou répandues exclusivement par la tradition orale » (P-A Collot, *La protection des savoirs traditionnels, du droit international de la propriété intellectuelle au système de protection sui generis*, in *Droit et cultures* [En ligne], n° 53, 2007-1). La plupart des cas de biopiraterie invoqués sont dus à des brevets américains et sont causés en partie par le critère de nouveauté américain qui veut que certaines publications étrangères ne détruisent pas la nouveauté : c'est le cas des informations publiquement utilisées, mais non documentées (section 102, US Patent Law). Ce qui donne à penser que ce qu'il faut réexaminer au niveau international, c'est la conception de l'état de la technique et les définitions de l'inventeur, de la nouveauté et de l'activité inventive.

de toute utilisation indésirable, tout en restant secrets, et revendiquaient, pour ces savoirs non divulgués ou secrets, une protection semblable à la protection que confèrent les secrets industriels.

Mais d'autres acteurs sont également à l'origine de la mobilisation institutionnelle sur la question de la protection des ressources/savoirs traditionnels : il s'agit des innovateurs de technologies modernes. Leurs intérêts, à l'origine de cet accord surprenant avec les pays en développement et les communautés traditionnelles sur la nécessité de traiter cette question, étaient multiples : d'une part, la reconnaissance de la nécessité de protéger les savoirs traditionnels était « une manière de rendre plus sympathique la cause de la généralisation des droits de propriété intellectuelle dans les échanges Nord-Sud »¹²⁵⁶ ; d'autre part, ils souhaitaient une clarification de ce qu'ils pouvaient ou non protéger au moyen de droits de propriété intellectuelle en matière d'innovation à partir de technologies ou de savoirs traditionnels.

Comment l'OMPI a-t-elle tenté de satisfaire ces revendications quelquefois contradictoires de la part des communautés et des pays en développement, et réalisé la synthèse des objectifs de tous les acteurs intervenant dans ce débat ?

En 2008, l'OMPI a réalisé une analyse des lacunes du droit de la propriété intellectuelle par rapport à l'objectif de protection des savoirs traditionnels¹²⁵⁷. Celle-ci permet d'examiner en détail l'état de la protection par le droit actuel de la propriété intellectuelle des savoirs traditionnels et des expressions culturelles traditionnelles¹²⁵⁸. Actuellement, le droit de la propriété intellectuelle permet en effet déjà d'assurer une certaine forme de protection des savoirs traditionnels et des expressions culturelles traditionnelles. Les innovations fondées sur des savoirs traditionnels peuvent bénéficier d'une protection par brevet¹²⁵⁹ ; les savoirs traditionnels proprement dits peuvent être protégés en tant que secrets d'affaires ou informations confidentielles et peuvent également bénéficier d'une protection au titre de la législation sur les marques, les indications géographiques ou la concurrence déloyale. Les licences Creative Commons (CC) ont également été appliquées aux savoirs traditionnels. Mais le droit de la propriété intellectuelle actuel n'est pas adapté pour protéger l'ensemble des innovations traditionnelles : pour ce faire, un droit *sui generis* plus adapté doit être construit. A ce jour, il existe d'ailleurs déjà un certain nombre d'instruments nationaux ou régionaux *sui generis* portant sur la protection des savoirs traditionnels.

En matière de protection requise pour les savoirs traditionnels, l'OMPI a distingué la protection défensive (prévenir les utilisations non autorisées de ressources et de savoirs

¹²⁵⁶ F. Thomas, *op.cit.*, p. 835.

¹²⁵⁷ WIPO/GRTKF/IC/13, *Protection des savoirs traditionnels: projet d'analyse des lacunes y relatives: version révisée*, 2008.

¹²⁵⁸ Voir le site de l'OMPI à la page <http://www.wipo.int/tk/fr/resources/faqs.html> (page consultée le 06/08/2015).

¹²⁵⁹ La Chine a délivré plusieurs milliers de brevets pour des innovations dans le domaine de la médecine chinoise traditionnelle.

traditionnels et prévoir des réparations suite aux droits de propriété intellectuelle illégitimes) et la protection positive (reconnaître des droits sur les savoirs traditionnels). Cette dernière vise l'exploitation par les communautés de leurs ressources/savoirs dans le cadre de partenariats pour obtenir des avantages. D'après l'OMPI, ces deux types de protection seraient indispensables, car la protection défensive ne prévient pas les utilisations non autorisées : elle peut au contraire avoir pour conséquence de rendre le savoir plus accessible (via les publications, registres, bases de données, etc.)¹²⁶⁰.

L'OMPI a contribué à la définition de mécanismes de protection défensive à l'intention des communautés détentrices de ressources et de savoirs traditionnels (publications défensives¹²⁶¹, demandes de brevets à des fins défensives¹²⁶², etc.). La divulgation des savoirs traditionnels est recommandée par l'Organisation afin d'empêcher leur utilisation indésirable, mais elle préconise que les bases de données et les répertoires puissent être complétés par des mécanismes visant à en limiter l'accès, conformément aux exigences des détenteurs de ces savoirs. La politique la plus appropriée aux yeux de l'OMPI afin d'éviter que la divulgation n'entraîne immédiatement la chute dans le domaine public est d'accompagner la protection défensive d'une protection positive, c'est-à-dire d'une revendication de droits. Dans l'optique de l'Organisation, en effet, protection positive et défensive sont complémentaires et toutes deux parfaitement indiquées, tant pour les savoirs traditionnels que pour les ressources génétiques.

¹²⁶⁰ Grâce à la Bibliothèque numérique de savoirs traditionnels (BNST), l'Inde a obtenu l'annulation ou le retrait de nombreuses demandes de brevet concernant des formules médicinales traditionnellement connues. Néanmoins, les firmes indiennes procéderaient elles-mêmes au dépôt de droits de propriété intellectuelle (marques ou brevets) sur des préparations industrielles issues de ces formulations classiques : F. Thomas, V. Boisvert, *op. cit.*, p. 175.

¹²⁶¹ Il s'agit de pratiques courantes, même au sein d'entreprises de R&D. Ces publications sont diffusées aux offices des brevets qui disposent également de périodiques et de bases de données de ce type.

¹²⁶² C'est-à-dire, par exemple, sans aller jusqu'au bout de la procédure, puisque les offices publient après un certain nombre de mois.

Concernant la fixation des savoirs¹²⁶³, l'Organisation propose un instrument de gestion de la propriété intellectuelle¹²⁶⁴, le World Intellectual Property Organization Traditional Knowledge Documentation Toolkit¹²⁶⁵ qui offre des orientations pratiques sur la manière de procéder pour fixer des savoirs traditionnels, et propose un Programme de formation sur la fixation culturelle et la gestion de la propriété intellectuelle qui assure une formation pratique intensive aux peuples autochtones et aux communautés locales sur les moyens de préserver leur musique, interprétations, arts, dessins et modèles et autres expressions culturelles traditionnelles^{1266 1267}.

Concernant la lutte contre l'appropriation illicite et l'utilisation abusive des savoirs traditionnels, l'OMPI propose une base de données des textes législatifs relatifs à la protection des

¹²⁶³ D'après le site de l'OMPI, à la page <http://www.wipo.int/tk/fr/resources/faqs.html> (page consultée le 06/08/2015) : « Un grand nombre d'initiatives ont été lancées dans le monde en vue de fixer les savoirs traditionnels, les expressions culturelles traditionnelles et les ressources génétiques. Le plus souvent, elles visent à les préserver ou à les sauvegarder plutôt qu'à offrir une protection juridique. Toutefois, bien que fixation et la numérisation contribuent à rendre les savoirs traditionnels plus facilement accessibles au public en général, elles peuvent conduire à des actes d'appropriation illicite ou à des usages qui n'ont pas été prévus par leurs dépositaires et qui sont en violation de leurs lois coutumières. Mais parfois la fixation vise à conserver une trace confidentielle ou secrète des savoirs à l'usage exclusif de leurs dépositaires. D'où la nécessité d'établir un lien entre les initiatives de fixation et une stratégie de propriété intellectuelle et de s'assurer que la fixation ne souffre pas d'un vide politique ou juridique. Dans le contexte de la propriété intellectuelle, la fixation peut contribuer à protéger les savoirs traditionnels, les expressions culturelles traditionnelles et les ressources génétiques. Par exemple : (a) les registres officiels comportent certains systèmes de protection sui generis ; (b) les bases de données sur les savoirs traditionnels et les ressources génétiques peuvent jouer un rôle en termes de protection défensive au sein du système des brevets, à l'instar de la base de données indienne sur les savoirs médicaux traditionnels, à savoir la Bibliothèque numérique des savoirs traditionnels ».

¹²⁶⁴ Voir le site de l'OMPI à la page <http://www.wipo.int/tk/en/resources/tkddocumentation.html> (page consultée le 06/08/2015).

¹²⁶⁵ Il permet de fournir une assistance aux détenteurs de savoirs traditionnels et gardiens de ressources génétiques dans la gestion des implications liées à la propriété intellectuelle de leur travail de documentation afin qu'ils puissent déterminer si et quels droits de propriété intellectuelle constituent un mécanisme approprié pour réaliser leurs objectifs concernant les savoirs ou les ressources génétiques.

¹²⁶⁶ Site de l'OMPI : <http://www.wipo.int/tk/en/resources/training.html> (page consultée le 06/08/2015).

¹²⁶⁷ Il existe ou sont prévus pour l'avenir à l'OMPI : une base de données sur les dispositions de propriété intellectuelle concernant l'accès aux ressources génétiques et concernant les savoirs traditionnels ; une base de données reprenant les brevets sur les savoirs médicaux traditionnels ; un inventaire OMPI des périodiques relatifs aux savoirs traditionnels ; un inventaire OMPI des bases de données relatives aux savoirs traditionnels ; des bases de données pour préserver les savoirs traditionnels dont l'accès est limité par des protocoles coutumiers ; des bases de données faisant l'objet d'une protection *sui generis* (sur la base de données ou ses éléments constitutifs) ; un lien entre le Centre d'échange de la CDB et les bibliothèques numériques de propriété intellectuelle de l'OMPI (BNPI) (sur base des travaux de l'OMPI, les administrations internationales du PCT ont décidé d'intégrer des périodiques relatifs aux savoirs traditionnels dans la documentation minimale du PCT (Traité de coopération en matière de brevets)) ; un portail OMPI d'accès aux bases de données en ligne sur les savoirs traditionnels et les ressources génétiques du domaine public (à destination des examinateurs de brevets) ; une base de données Health Heritage Test sur la médecine ayurvédique sur demande du gouvernement indien ; sur base du travail de l'OMPI, les administrations internationales du PCT ont opté pour la création d'un portail PCT/ISA d'accès aux bases de données en ligne destinées aux recherches internationales relatives aux savoirs traditionnels et aux ressources génétiques ; le réseau FAO est relié au portail OMPI concernant les bases de données et les répertoires sur les ressources génétiques et les savoirs traditionnels ; etc.

expressions culturelles traditionnelles, des savoirs traditionnels et des ressources génétiques qui contient une sélection de lois, de règlements et de lois types nationaux et régionaux sur ce thème, ainsi que des textes législatifs en rapport avec les ressources génétique¹²⁶⁸.

En matière de protection positive, afin de barrer la route aux pratiques considérées comme biopiraterie, le principe selon lequel les échanges doivent être fondés sur des conditions établies d'un commun accord, le principe du consentement préalable et en connaissance de cause des communautés avant toute utilisation de leurs savoirs et de leurs ressources, celui de la révélation d'origine des ressources et des savoirs utilisés dans les brevets et celui du partage des avantages découlant des innovations dérivées¹²⁶⁹ ont été mis en avant¹²⁷⁰. Ces principes¹²⁷¹ font partie des grands axes de discussion relatifs à la protection positive des ressources génétiques et des savoirs connexes à l'OMPI, l'Organisation précisant toutefois qu'il convient d'« élaborer des solutions qui reconnaissent la spécificité des savoirs traditionnels » - en développant par exemple des droits sui generis - « tout en gardant à l'esprit qu'il faut garantir la mise en œuvre des systèmes classiques de propriété intellectuelle »¹²⁷².

¹²⁶⁸ D'après le site de l'OMPI à la page <http://www.wipo.int/tk/fr/resources/faqs.html> (page consultée le 06/08/2015). D'après le site de l'OMPI, à la section *Prévention des brevets délivrés de manière erronée*, il est largement admis que la délivrance de brevets sur des inventions fondées sur des ressources génétiques ou mises au point sur la base de ressources génétiques (et de savoirs traditionnels connexes) et qui ne satisfont pas aux critères existants de nouveauté et d'activité inventive doit être évitée. Afin d'aider les examinateurs de brevets à découvrir l'état de la technique pertinent et d'éviter la délivrance de brevets indus, l'OMPI a amélioré ses propres moteurs de recherche et systèmes de classement des brevets, et il est proposé de créer des bases de données et des systèmes d'information relatifs aux ressources génétiques pour remédier à ce problème : <http://www.wipo.int/tk/fr/genetic/> (page consultée le 06/08/2015).

¹²⁶⁹ Le considérant 27 de la directive 98/44 aborde le thème de l'origine des ressources biologiques utilisées, recommandant « le cas échéant » de donner « une information concernant le lieu géographique d'origine » de la ressource, ce qui exprime bien le caractère facultatif de cette information.

¹²⁷⁰ Afin de préserver et d'entretenir les ressources et les savoirs, l'Organisation a reconnu qu'il importait de préserver leur contexte culturel et social, c'est-à-dire les communautés locales, ce à quoi pouvait contribuer, sur le plan financier ou technologique, le partage des avantages. Mais à l'inverse, pour préserver les communautés locales, il importe de préserver les ressources et les savoirs. Cette question s'est donc inscrite dans la foulée d'un mouvement politique de revendication de certains droits pour les peuples et communautés « locaux », « autochtones » ou « traditionnels ». Ce mouvement pour la préservation des communautés tente de freiner les changements sociaux qui les touchent et la tendance à leur dislocation.

¹²⁷¹ 1) Obligation de consentement préalable en connaissance de cause, 2) conditions mutuellement convenues, 3) partage juste et équitable des avantages et 4) divulgation de l'origine : ces principes se trouvent déjà dans la CDB. D'après l'OMPI, un certain nombre d'États membres, mais pas tous, souhaitent rendre obligatoire dans les demandes de brevet la divulgation de l'origine des ressources génétiques, ainsi que de la preuve du consentement préalable en connaissance de cause et d'un accord relatif au partage des avantages. Des discussions sont également menées en parallèle au sein du Conseil des aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (Conseil des ADPIC) de l'Organisation mondiale du commerce (site officiel de l'OMPI : <http://www.wipo.int/tk/fr/resources/faqs.html#a5>) (page consultée le 06/08/2015). Comme nous l'avons déjà noté, pour lutter efficacement contre les appropriations jugées illégitimes par certaines parties, il conviendrait surtout de revoir, au sein du droit des brevets, la définition de l'état de la technique et des critères de nouveauté et d'activité inventive.

¹²⁷² Voir par exemple le document WIPO/GRTKF/IC/9/5 de l'OMPI, p. 1-6.

Concernant le partage juste et équitable des avantages, l'Organisation actualise régulièrement une base de données en ligne sur les pratiques contractuelles pertinentes¹²⁷³ et dispose d'un projet de principes directeurs concernant les clauses de propriété intellectuelle¹²⁷⁴.

A la fin des années 90, la notion de protection des savoirs traditionnels n'était pas encore définie de façon consensuelle dans le cadre de l'OMPI : cette définition devait encore faire l'objet de nombreux débats. Ces débats sont toujours en cours : aucun instrument juridique conclu dans le cadre de l'OMPI ne propose encore de régime faisant l'objet d'un accord commun en la matière, mais l'OMPI propose la définition suivante : « La protection des savoirs traditionnels ou des expressions culturelles traditionnelles aux fins de la propriété intellectuelle peut s'entendre de la protection des savoirs traditionnels ou expressions culturelles traditionnelles contre leur appropriation illicite ou leur utilisation abusive, par exemple la copie, l'adaptation ou l'utilisation par des tiers non autorisés. En résumé, la protection a pour objectif de faire en sorte que l'innovation et la créativité intellectuelles exprimées dans les savoirs traditionnels ou les expressions culturelles traditionnelles ne soient pas utilisées à mauvais escient. La protection de la propriété intellectuelle peut désigner la reconnaissance et l'exercice de droits exclusifs, c'est-à-dire le droit d'empêcher certaines utilisations des savoirs traditionnels ou expressions culturelles traditionnelles par les tiers. Elle peut aussi englober des formes de protection non exclusives comme le droit moral, des systèmes de rémunération équitable et une protection contre la concurrence déloyale. La "protection" diffère donc de la "préservation" ou "sauvegarde", qui renvoient généralement à l'identification, à la fixation, à la transmission, à la revitalisation et à la promotion du patrimoine culturel afin d'en assurer le maintien ou la viabilité. (...) Les termes "protection", "préservation" et "sauvegarde" ne s'excluent pas mutuellement. Poursuivant des objectifs différents, ils peuvent être mis en œuvre ensemble et peuvent faciliter leur protection mutuelle, par exemple grâce à la fixation ou à la réalisation d'inventaires »¹²⁷⁵.

Des négociations en vue de parvenir à un ou plusieurs instruments juridiques internationaux qui garantiraient une protection efficace des ressources génétiques, des savoirs traditionnels et des expressions culturelles traditionnelles sont en cours à l'OMPI¹²⁷⁶. Des projets d'articles sont en cours de rédaction et ont été soumis à l'Assemblée générale de l'OMPI en septembre 2014¹²⁷⁷. Le rapport provisoire issu de cette Assemblée générale¹²⁷⁸ conclut néanmoins que les consultations informelles n'ont pas permis d'aboutir à un accord, que des questions

¹²⁷³ Voir la page <http://www.wipo.int/tk/en/databases/contracts/> (page consultée le 06/08/2015) du site de l'OMPI.

¹²⁷⁴ *Projet de principes directeurs de propriété intellectuelle applicables à l'accès aux ressources génétiques et au partage équitable des avantages découlant de leur utilisation*, projet soumis à consultation, février 2013, accessible à la page suivante : http://www.wipo.int/export/sites/www/tk/fr/resources/pdf/redrafted_guidelines.pdf (page consultée le 06/08/2015).

¹²⁷⁵ Site de l'OMPI à la page <http://www.wipo.int/tk/fr/resources/faqs.html#a2> (page consultée le 6 août 2015).

¹²⁷⁶ Et plus précisément au sein du Comité intergouvernemental de la propriété intellectuelle relative aux ressources génétiques, aux savoirs traditionnels et au folklore (IGC).

fondamentales, dans les projets de textes, doivent encore être débattues¹²⁷⁹ et résolues pour que le Comité intergouvernemental concerné soit en mesure de les finaliser. En d'autres termes, ces négociations risquent bien de ne pas aboutir prochainement. Fin 2015, elles n'avaient toujours pas abouti et, selon le programme de l'OMPI pour 2016 : « L'Assemblée générale de 2017 fera le point sur les progrès réalisés et décidera de convoquer ou non une conférence diplomatique ou de poursuivre les négociations »¹²⁸⁰.

La délégation de l'UE a d'ailleurs réaffirmé que, selon elle, le ou les instruments internationaux à mettre au point devraient être non contraignants et souples. La délégation d'Afrique du Sud a quant à elle déploré qu'il n'y ait justement pas d'accord sur la question de savoir si l'instrument serait contraignant ou non contraignant, et a souligné un manque de volonté politique. Le Brésil a noté lui aussi que « certaines délégations persistent à empêcher la majorité de progresser »¹²⁸¹.

Quelle que soit l'issue de ces négociations, les développements qui précèdent suggèrent que l'ADPIC et les pays à la pointe de la technologie végétale exigeront très probablement de ces régimes *sui generis* qu'ils ne contreviennent pas au droit de la propriété intellectuelle¹²⁸². Dans ce contexte, comment les contradictions entre les intérêts des détenteurs de savoirs traditionnels et les intérêts des utilisateurs « classiques » de la propriété intellectuelle pourraient-elles être résolues ?

Parmi les grands principes de ces régimes en cours de négociation figurent notamment le consentement préalable et informé des communautés, le partage d'avantages, et l'exigence de divulgation¹²⁸³. Mais ces régimes sont négociés en dehors du droit de la propriété intellectuelle. Ce n'est donc pas dans ce cadre-ci que ces principes pourront constituer des conditions

¹²⁷⁷ Les délibérations de cette Assemblée générale de septembre 2014 ont eu lieu sur la base de trois textes importants : 1) le *Document de synthèse concernant la propriété intellectuelle relative aux ressources génétiques* Rev.2, 2) *La protection des savoirs traditionnels : projet d'articles* Rev.2 et 3) *La protection des expressions culturelles traditionnelles : projet d'articles* Rev.2. Ces trois textes sont repris dans le document WO/GA/46/6, respectivement aux annexes A, B et C: WO/GA/46/6, *Questions concernant le Comité intergouvernemental de la propriété intellectuelle relative aux ressources génétiques, aux savoirs traditionnels et au folklore*, accessible à la page suivante : http://www.wipo.int/meetings/fr/details.jsp?meeting_id=33291 (page consultée le 06/08/2015).

¹²⁷⁸ WO/GA/46/12 PROV., *Projet de rapport* datant du 30/09/14, accessible à la page suivante : http://www.wipo.int/meetings/fr/details.jsp?meeting_id=33291 (page consultée le 06/08/2015).

¹²⁷⁹ Le mot « débats » mérite cependant des guillemets, car l'examen historique et transversal du traitement de cette question dans les institutions qui nous intéressent (FAO, CDB, OMC, OMPI) nous conduit à ce constat : les principes mis en avant dans ces projets de textes sont débattus et ressassés depuis 15 ans minimum... Peut-on espérer voir ces principes se concrétiser dans des instruments juridiques contraignants et influant sur le droit et les pratiques en matière de propriété intellectuelle ? Un autre enseignement majeur de ce chapitre est que les Etats à la pointe de la technologie le sont aussi en matière de négociations : sur le thème qui nous occupe dans cette recherche, celles-ci se sont toujours soldées à leur avantage.

¹²⁸⁰ Site de l'OMPI à la page http://www.wipo.int/pressroom/fr/articles/2015/article_0013.html (consultée le 4/2/2016).

¹²⁸¹ WO/GA/46/12 PROV., *op. cit.*

supplémentaires pour l'octroi d'un brevet ou des justifications pour le refus ou la révocation d'un brevet¹²⁸⁴. D'autres sanctions devraient en effet être prévues en cas de non-respect de ces principes¹²⁸⁵. Ces régimes internationaux devraient donc simplement indiquer des orientations pour les droits nationaux *sui generis* qui régissent les contrats d'accès aux ressources et aux savoirs et de partage des avantages. En d'autres termes, plus de 20 ans ont passé depuis la CDB, presque 15 depuis le début des renégociations à l'ADPIC, plus de 15 depuis que l'OMPI s'est saisie de cette question, des milliers de pages ont été écrites sur ces questions, les positions de tous les acteurs sont clairement identifiées, mais aucun instrument multilatéral contraignant modifiant le droit des brevets n'est réellement en vue. La relation entre la propriété intellectuelle et les ressources génétiques continuera d'être définie par des contrats basés sur les droits nationaux ne contrevenant pas au droit des brevets.

Conclusion concernant la protection des savoirs traditionnels

Dès la fin des années 80, certains pays du Sud ont vu dans cette problématique une opportunité de s'inscrire dans le commerce mondial des ressources et dans l'économie du savoir, et la possibilité de retirer des bénéfices de leurs ressources génétiques et des savoirs connexes des communautés. Jouant sur cette corde sensible, l'OMPI, la CDB et l'ADPIC ont fait entrer de plain-pied les communautés détentrices de ressources et de savoirs traditionnels dans la logique économique moderne, et les ont conduites finalement à s'approprier la mentalité qu'elles combattaient, il y a une vingtaine d'années, lorsque de nombreuses communautés s'étaient mobilisées contre les brevets et la propriété intellectuelle appliqués au domaine de la vie. Si les revendications initiales des communautés locales dans ce débat (reconnaissance de leur contribution intellectuelle au monde, reconnaissance des effets prédateurs de la culture dominante

¹²⁸² Les articles des instruments juridiques en négociation ne sont pas encore arrêtés : en témoignent les nombreux crochets et variantes du texte. Mais le projet d'articles sur la protection des savoirs traditionnels (doc. WO/GA/46/6, Annexe B) précise en tout cas dans le Préambule/introduction : « Assurer la compatibilité avec les accords et processus internationaux pertinents : iv) tenir compte en permanence des autres instruments et processus internationaux et régionaux, s'agissant en particulier des systèmes se rapportant à la propriété intellectuelle et à l'accès aux ressources génétiques associées aux savoirs traditionnels et au partage des avantages en découlant » et à l'article 10 : « Le présent instrument [devrait]/[doit] établir des relations complémentaires entre les droits [de propriété intellectuelle] [de brevets] [directement fondés sur] [impliquant] [l'utilisation] des savoirs traditionnels et les accords et traités internationaux pertinents [en vigueur]. » Néanmoins, l'article 5 du Document de synthèse concernant la propriété intellectuelle relative aux ressources génétiques Rev. 2 (doc. WO/GA/46/6, Annexe A) tente d'introduire des modifications dans le cadre du droit des brevets : « [ARTICLE 5] [RELATION AVEC LE [PCT] ET LE [PLT] 5.1 Le [PCT] et le [PLT] devront/devraient être modifiés de manière à [inclure] [permettre aux parties au [PCT] et au [PLT] de prévoir dans leur législation nationale] une exigence de divulgation obligatoire de l'origine et de la source des ressources génétiques [, de leurs dérivés] et des [savoirs traditionnels connexes] [savoirs traditionnels associés à des ressources génétiques]. Les modifications doivent/devraient également prévoir qu'une confirmation du consentement préalable en connaissance de cause et une preuve du partage des avantages en vertu des conditions convenues d'un commun accord soient demandées au pays d'origine.] ».

¹²⁸³ Voir le document. WO/GA/46/6, Annexe B.

¹²⁸⁴ Sur la question de la divulgation, la position n'est pas encore arrêtée : voir *Ibidem*.

¹²⁸⁵ Voir *Ibidem*.

à travers leur exclusion de l'économie, perpétuation de leurs savoirs, savoir-faire et de leurs ressources, reconnaissance de la primauté de leur droit coutumier, y compris en matière d'usage des ressources et des savoirs traditionnels, revendication indirecte en faveur de leur autonomie et possibilité de conserver leurs savoirs secrets et de donner leur consentement avant toute utilisation des ressources ou savoirs dont elles se considèrent comme détentrices) restent d'actualité, l'idée selon laquelle l'insertion des pays et des communautés du Sud dans l'économie du savoir sera facilitée par l'application du partage des avantages et par la protection des savoirs traditionnels est ensuite devenue la revendication centrale de ces pays dans ce débat.

Or, cette idée semble relativement utopique : les droits de propriété intellectuelle sur les savoirs traditionnels et droits au partage des avantages tirés de l'exploitation des ressources génétiques et des savoirs connexes ne se concrétiseront que très occasionnellement dans le sens de l'intérêt économique des pays et communautés riches en biodiversité. De fait, comme le montre F. Thomas, le partage des avantages ne constitue plus un enjeu capital aujourd'hui : pour certains pays émergents comme le Brésil, le Mexique, le Vietnam, la priorité ne réside plus tant dans le partage des avantages, qui s'est révélé illusoire, que dans la construction d'indépendances nationales en matière de biotechnologies¹²⁸⁶.

Par ailleurs, on peut soupçonner que le projet d'élargissement des normes de propriété intellectuelle aux savoirs traditionnels par l'OMPI, présenté comme une initiative oeuvrant pour les intérêts et pour les droits des communautés détentrices de ressources et de savoirs traditionnels, utilise l'image des droits de l'homme, mais vise avant tout l'élargissement et le renforcement de la propriété intellectuelle en général.

Pour certains, les savoirs et les ressources des communautés traditionnelles ne peuvent pas être considérés comme faisant partie du patrimoine commun de l'humanité : leurs droits d'usage devraient revenir aux communautés qui les produisent et en assurent la gestion¹²⁸⁷. Le domaine public serait un concept romantique typiquement occidental, voire un concept néo-colonialiste qui aurait pour effet (et pour but dans certains cas) de laisser en libre accès des ressources utiles aux entreprises et aux pays développés¹²⁸⁸. Pour contrer les effets des droits de propriété intellectuelle « pirates », des lois nationales reconnaissant les droits des communautés sur leurs savoirs et leurs ressources, ainsi qu'un traité international contraignant reconnaissant au niveau international les principes de ces lois nationales et le pluralisme philosophique et juridique qu'elles impliquent devraient être institués. Dans cet esprit, quelques lois nationales ont déjà vu le jour¹²⁸⁹. Mais les travaux sur ce point au niveau multilatéral stagnent.

Selon nous, ce projet d'élargissement des normes de propriété intellectuelle aux savoirs traditionnels ressemble fort à un jeu de dupes.

¹²⁸⁶ F. Thomas, V. Boisvert, *op. cit.*, p. 32 et p. 114.

¹²⁸⁷ Pour certains, il en va de même pour les semences paysannes.

¹²⁸⁸ A. Chander, M. Sunder, *La vision romantique du domaine public*, in VECAM (coordonnée par l'association), *Libres savoirs, les biens communs de la connaissance*, C&F éd., 2011.

En effet, plaider, dans un autre contexte, pour la mise à disposition des médicaments essentiels et des technologies fondamentales et s'opposer à la brevetabilité des éléments biologiques (gènes et éléments isolés, plantes et animaux issus de procédés d'obtention conventionnels, etc.) dans une optique d'intérêt commun, tout en revendiquant la protection des savoirs et des ressources traditionnels au moyen de droits de propriété intellectuelle, a tout du double discours. Faut-il vraiment faire appel aux concepts de la propriété et de la propriété intellectuelle et se diriger vers des droits de propriété intellectuelle perpétuels pour préserver les ressources et savoirs traditionnels ? Au final, ce discours ambigu ne risque-t-il pas de renforcer le paradigme de la propriété intellectuelle ? De fait, l'ensemble du système juridique est en train de se verrouiller dans ce sens : au terme de 20 ans de débats, les directives élaborées dans le cadre du suivi de la CDB destinées à orienter les régimes nationaux *sui generis*, de même que les régimes *sui generis* multilatéraux élaborés dans le cadre de l'OMPI seront, selon toute vraisemblance, non contraignants et/ou ne contreviendront pas à l'ADPIC ; dans le même temps, à l'OMC, les négociations sur ce point n'évoluent plus. Dès lors, les régimes nationaux *sui generis* seront contraints, eux aussi, de ne pas contrevenir à l'ADPIC.

Le terme de biopiraterie est donc loin d'être abusif: les pays du Sud et leurs communautés se sont bel et bien fait « biopirater ». Ce processus a débuté avec les prospecteurs de ressources phytogénétiques, s'est intensifié avec la constitution des banques de gènes internationales, la Révolution verte et l'érosion progressive des ressources, s'est poursuivi avec l'application de la notion de patrimoine commun de l'humanité aux ressources phytogénétiques, avec le système de libre accès, puis avec le système multilatéral d'accès aux ressources phytogénétiques pour l'alimentation et l'agriculture. Par la suite, la reconnaissance de la souveraineté des Etats sur leurs ressources n'a pas fondamentalement changé la donne, un grand nombre de ressources génétiques étant désormais conservées *ex situ*, dans des collections internationales ou privées. La constitution en cours de bases de données portant sur les savoirs traditionnels ne résout pas réellement la question de la biopiraterie (dans certains cas, ces bases de données peuvent même y contribuer en facilitant la bioprospection en ligne), et la protection des savoirs traditionnels par des régimes *sui generis* n'y parvient pas non plus, le développement de ces régimes étant fortement contraint par le droit de la propriété intellectuelle.

¹²⁸⁹ Certaines licences CC ont également été adaptées aux savoirs traditionnels (Traditional Knowledge Licences) : « Ces TK licences prévoient 4 conditions : Attribution (paternité de la communauté d'origine), Réutilisation commerciale autorisée, Réutilisation commerciale interdite (ou soumise à licences et royalties), Diffusion limitée (seulement à des structures éducatives, de recherche ou à des bibliothèques). Mais leur validité juridique n'est pas acquise : il faudrait en effet que des droits de propriété intellectuelle soient préalablement reconnus aux communautés produisant les savoirs traditionnels. Il existe également des TK Labels (Traditional Knowledge Labels) permettant aux communautés, même en l'absence de droit de propriété, d'indiquer des conditions de réutilisation sur les éléments de leur culture traditionnelle, en les signalant comme des bonnes pratiques à suivre. Ces TK Labels comportent des conditions beaucoup plus fines, comme par exemple la recommandation de n'utiliser les créations que pendant certaines saisons ou dans un environnement particulier (TK Seasonal), de réserver l'usage aux membres d'une famille ou d'un clan (TK Family ou TK Community), de réserver l'usage aux hommes seulement ou aux femmes seulement (TK Men ou TK Women), de protéger des secrets qui ne doivent pas être révélés à des non-initiés (TK Secret/Sacred), etc. » : L. Maurel, *Cultures traditionnelles et propriété intellectuelle : revendications légitimes ou liaisons dangereuses ?*, in S.I. Lex (blog), 24 février 2015.

D'autres parades urgentes aux abus engendrés par la propriété intellectuelle doivent être initiées. Les réponses suivantes ne régleraient pas tous les problèmes perçus par les communautés et les pays du Sud comme des pratiques de biopiraterie (par exemple l'absence de partage des avantages), mais en solutionneraient quelques-uns, peut-être parmi les plus importants :

- dans le cadre du droit des brevets : une redéfinition de la nouveauté, de l'activité inventive et de l'état de la technique nous semble devoir être une revendication prioritaire : inclure les savoirs et les ressources traditionnels dans l'état de la technique permettrait de les prendre systématiquement en compte. Les communautés et pays du Sud ne sont pas en position de force pour faire évoluer ces lignes de front au niveau multilatéral, mais les Etats riches en biodiversité pourraient le faire dans le cadre de leurs droits nationaux. Ils pourraient également utiliser, dans le cadre de leur droit des brevets, une exemption au nom de l'intérêt public.

- dans le cadre de lois nationales et internationales, définir des droits d'usage collectifs sur certains savoirs et certaines ressources (plutôt que des droits de propriété intellectuelle qui aboutissent aux contradictions évoquées précédemment) paraît plus que légitime : les ressources sont en effet sous la souveraineté des Etats et sous la gestion des communautés, et il y a du sens à réglementer leur usage dans une optique de conservation environnementale et de respect des traditions locales. De même, réglementer l'usage de savoirs traditionnels propres à certaines communautés dans une optique de respect des traditions et reconnaître ces savoirs traditionnels dans l'état de la technique du droit de la propriété intellectuelle semble tout à fait légitime. Cependant, les communautés ne sont pas toujours en position de force pour obtenir de leur Etat des lois nationales qui leur reconnaissent ces droits.

- d'autres mesures s'imposent également : une redéfinition et une réglementation du domaine public ; au niveau des Etats et des communautés, des règles strictes concernant l'accès et l'usage de la biodiversité ; des mécanismes de financement de la conservation ; une coordination de la recherche publique ; une participation des acteurs locaux à la définition des objectifs de la recherche et à la recherche elle-même et, surtout, une attention au fait que c'est au niveau des politiques et des pratiques agricoles et industrielles que se joue la question de la préservation des ressources.

3) L'évolution de la protection des plantes et des variétés végétales au moyen de droits de propriété intellectuelle et ses conséquences sur le privilège de l'agriculteur

Le privilège de l'agriculteur : définition, importance et mise en œuvre

Dans les pages qui suivent, nous montrerons que le droit de la propriété intellectuelle peut avoir pour effet de renforcer certaines politiques préjudiciables à la biodiversité et à la sécurité alimentaire mondiale. Après le patrimoine commun de l'humanité, c'est un autre fil conducteur qui guidera l'analyse conduite dans ces pages: il s'agira du *privilège de l'agriculteur* (ou exception/exemption agricole), c'est-à-dire de la possibilité pour l'agriculteur de ressemer une partie de sa récolte.

Ressemer le grain est une pratique déterminante pour la conservation de la biodiversité agricole car, non cultivées, les variétés disparaissent et n'évoluent plus dans les champs. Elle est déterminante pour l'adaptation naturelle des variétés aux conditions locales (climat, etc.) et pour l'autonomie alimentaire des peuples. De tous temps, les agriculteurs ont réalisé leurs propres semences à partir des récoltes. L'autoproduction des semences est une pratique millénaire qui reste encore très répandue dans le monde, surtout dans les pays en développement. Elle est indispensable dans le cas de l'agriculture vivrière. Dans les pays industrialisés, son importance varie selon l'espèce et sa facilité de reproduction, mais elle existe encore pour un certain nombre de cultures¹²⁹⁰, et est réclamée par de nombreux agriculteurs. A cet égard, on distingue les *semences de ferme ou semences fermières*, qui sont les graines récoltées à partir de semences sélectionnées par l'industrie semencière, mais multipliées par l'agriculteur à la ferme par souci d'économie et d'indépendance, et les *semences paysannes* qui sont issues de variétés anciennes ou modernes sélectionnées par les paysans et libres de droits de propriété intellectuelle¹²⁹¹. L'intérêt de ces dernières est de rendre possible la diversification des plantes, car les firmes semencières ne proposent pas à la vente toutes les variétés existantes. En outre, dans certains contextes de cultures (par exemple, l'agriculture biologique), les agriculteurs ne trouvent pas toujours, auprès de ces firmes, les variétés qui correspondent à leurs besoins¹²⁹².

Les intérêts des semenciers et des entreprises de biotechnologie végétale, protégés, comme nous le verrons, par le droit des semences et le droit de la propriété intellectuelle, sont aujourd'hui entrés en conflit avec cette pratique immémoriale consistant à ressemer le grain. Cette pratique s'est vue limitée par les législations précitées et réduite à une exception, comme l'indiquent les termes de privilège de l'agriculteur ou d'exemption agricole (qui concerne les semences de ferme).

Dans les développements suivants, nous examinerons l'impact des certificats d'obtention végétale d'une part, du droit des brevets d'autre part sur la pratique des semences de ferme et sur celle des semences paysannes¹²⁹³. Pour ce faire, nous devons aborder la question de la protection des plantes et variétés végétales au moyen de droits de propriété intellectuelle.

¹²⁹⁰ « Si les agriculteurs abandonnent les variétés paysannes, ils n'en continuent pas moins pour certaines espèces (blé, orge, luzerne...) de produire à la ferme leurs propres semences : ils achètent la semence à la coopérative mais pendant plusieurs années ils ressèment une partie du grain récolté (c'est ce qu'on appelle les semences de ferme) » : M. Metz, *Semences paysannes. Biodiversité, droits des paysans et souveraineté alimentaire* (dossier), in *Alter Echos*, n°35, mars 2014.

¹²⁹¹ A.-C. Moÿ (Réseau Semences Paysanne), *Veille juridique sur les semences* (Synthèse d'un texte de G. Kastler, *Abroger la loi de protection des semences totalitaires pour libérer les semences fermières et paysannes*), janvier 2012. Cette distinction est importante, car les revendications en faveur des semences de ferme et celles en faveur des semences paysannes ne sont pas exactement les mêmes. Certaines associations défendent les semences paysannes (par exemple l'association Kokopelli), tandis que d'autres insistent aussi sur les enjeux liés aux semences de ferme (par exemple le Réseau Semences Paysannes). Si l'on n'a pas cette distinction à l'esprit, on ne comprend pas pourquoi ces deux types d'associations de défense des semences peuvent parfois être en conflit.

En effet, les variétés végétales¹²⁹⁴ font de plus en plus l'objet d'une protection au moyen de droits de propriété intellectuelle. Elles sont protégées de plusieurs façons¹²⁹⁵ : au moyen de brevets ou/et de systèmes *sui generis*¹²⁹⁶ (ou propres), parmi lesquels, essentiellement¹²⁹⁷, les certificats d'obtention végétale. Nous présenterons ci-dessous ces deux régimes de protection (droit d'obtention végétale et brevet), non de manière exhaustive, mais en cherchant à discerner dans quel sens évoluent ces deux branches du droit de la propriété intellectuelle, notamment sur la question du privilège de l'agriculteur, et pour quelles raisons fondamentales elles évoluent dans ce sens.

¹²⁹² « Les grands semenciers font très peu de semences biologiques, pour la bonne et simple raison que ce marché est trop réduit pour les intéresser. (...) Quant aux semenciers biologiques (...), ce ne sont que de petites entreprises artisanales qui ne peuvent encore couvrir tous les besoins et affichent des tarifs élevés. Cette situation est due pour partie à la réglementation sur les semences qui empêche ces entreprises de commercialiser des semences adaptées à l'agriculture biologique. (...) utiliser les mêmes variétés en agriculture biologique qu'en agriculture conventionnelle n'est pas satisfaisant pour les agrobiologistes, car il s'est avéré que celles-ci sont mal adaptées aux exigences de la méthode biologique. La filière des semences biologiques ne pourra se développer que si la réglementation lui permet d'utiliser des semences plus adaptées à ses méthodes de culture, et le travail juridique à réaliser est encore très vaste sur ce sujet. Plus concrètement, l'utilisation de semences conventionnelles pose en effet deux grands problèmes aux agriculteurs biologiques : a) elles obligent la plupart du temps à payer une redevance à l'obteneur de la variété et ne permettent pas l'utilisation de semences de ferme à partir de ces variétés (sauf exception) car elles sont pour la quasi-totalité protégées, ce qui nuit au principe d'autonomie de l'exploitation auquel les agriculteurs biologiques sont très attachés. L'utilisation de semences de ferme, pratique courante en agriculture biologique, qui consiste à réutiliser une partie des semences précédemment récoltées, est en outre nécessaire pour l'adaptation des variétés au terroir, ce qui fait partie des principes fondamentaux de la bio b) elles sont sensibles aux attaques biologiques en l'absence de traitements chimiques ; les agriculteurs biologiques leur préfèrent sur ce point les semences issues de variétés anciennes, naturellement plus résistantes parce que plus adaptées aux terroirs, mais leur utilisation leur est aujourd'hui inaccessible en l'état de la réglementation. (...) une grande majorité de ces plantes conventionnelles ne sont pas reproductibles sur l'exploitation, autrement dit, ne peuvent produire de semences viables pour une prochaine saison. Ceci est dû au fait que la grande majorité des semences inscrites sur le catalogue officiel sont des hybrides F1. (...) En outre, tout ceci ne réglerait pas le problème des semences anciennes qui sont actuellement utilisées de manière illégale en agriculture biologique. La question se pose naturellement en effet de savoir pourquoi les agriculteurs biologiques n'utilisent pas plus largement ces variétés anciennes, qui semblent ici s'imposer comme possédant tous les avantages par rapport à leur méthode de production et à leur éthique : bonne aptitude à la reproduction à la ferme, facilité d'adaptation et, a priori, exemption des droits au titre de la protection des obtentions végétales. Le fait est qu'ils ne demanderaient pas mieux, mais que l'état de la réglementation ne le leur permet pas » : B. d'Humières, *Les obstacles d'ordre juridique et économique à l'exploitation en agriculture biologique*, mémoire 2007, Institut des hautes études de droit rural et d'économie agricole – IHEDREA.

¹²⁹³ Indépendamment du droit des brevets, rappelons que, dans le cadre de la FAO (cf. *supra*), les droits des agriculteurs et, parmi ceux-ci, le privilège du fermier ont été reconnus en 2009 dans le Traité international pour la protection des ressources phytogénétiques pour l'alimentation et l'agriculture. Toutefois, si le privilège du fermier est mentionné dans le Préambule et à l'article 9.3 de ce Traité (« Rien dans cet Article ne devra être interprété comme limitant les droits que peuvent avoir les agriculteurs de conserver, d'utiliser, d'échanger et de vendre des semences de ferme ou du matériel de multiplication, sous réserve des dispositions de la législation nationale et selon qu'il convient »), la dernière partie de cette phrase (« sous réserve des dispositions de la législation nationale et selon qu'il convient ») laisse entendre que ces droits pourront être limités, voire interdits, si la législation nationale s'y oppose. Par ailleurs, l'article 6 de ce Traité, qui stipule de « surveiller et, selon qu'il convient, d'ajuster les stratégies de sélection et les réglementations concernant la mise en vente des variétés et la distribution des semences », pourrait également constituer une menace potentielle à l'encontre de la réalisation du privilège du fermier.

Droits d'obtention végétale (DOV) et privilège de l'agriculteur

a) L'UPOV (Union pour la protection des obtentions végétales)

Les droits d'obtention végétale sont reconnus par l'UPOV. Celle-ci fut instaurée en 1961 sous l'impulsion de la France, importante productrice de variétés, et des grands semenciers¹²⁹⁸. L'UPOV¹²⁹⁹ est à l'origine de la Convention sur la protection des variétés végétales, entrée en vigueur en 1968 et modifiée en 1972, 1978 et 1991¹³⁰⁰.

¹²⁹⁴ La Convention UPOV (article 1.vi) définit la variété végétale comme : « un ensemble végétal d'un taxon botanique du rang le plus bas connu qui, qu'il réponde ou non pleinement aux conditions pour l'octroi d'un droit d'obtenteur, peut être défini par l'expression des caractères résultant d'un certain génotype ou d'une certaine combinaison de génotypes, distingué de tout autre ensemble végétal par l'expression d'au moins un desdits caractères et considéré comme une entité eu égard à son aptitude à être reproduit conforme". Cette définition complète précise bien qu'une variété doit être reconnaissable à ses caractères, différer notablement de toute autre variété et demeurer inchangée au cours du processus de reproduction ou de multiplication. Si un ensemble végétal ne répond pas à ces critères, il n'est pas considéré comme étant une variété dans le système de l'UPOV » : site officiel de l'UPOV, http://www.upov.int/about/fr/upov_system.html#P67_2884 (consulté le 5 août 2015). Le Traité sur les ressources phytogénétiques de la FAO, en son Préambule, définit également la variété comme « un ensemble végétal, d'un taxon botanique du rang le plus bas connu, défini par l'expression reproductible de ses caractères distinctifs et autres caractères génétiques ». A l'inverse, les agriculteurs définissent la variété en référence aux variétés-populations (ou variétés paysannes) qui conservent une diversité génétique au sein de la même variété.

¹²⁹⁵ En effet, l'article 27.3 b de l'Accord sur les aspects de droits de propriété intellectuelle relatifs au commerce (ADPIC) conclu en 1995 dans le cadre de l'OMC demande aux Etats d'adopter, pour la protection des variétés végétales, soit le système des brevets, soit un système *sui generis*, soit une combinaison des deux : « Les Membres pourront aussi exclure de la brevetabilité : (...) b) les végétaux et les animaux autres que les micro-organismes, et les procédés essentiellement biologiques d'obtention de végétaux ou d'animaux, autres que les procédés non biologiques et microbiologiques. Toutefois, les Membres prévoiront la protection des variétés végétales par des brevets, par un système *sui generis* efficace, ou par une combinaison de ces deux moyens. Les dispositions du présent alinéa seront réexaminées quatre ans après la date d'entrée en vigueur de l'Accord sur l'OMC ». Cet article devait donc être révisé en 1999. Le processus de révision a débuté, mais est encore inachevé : voir le site de l'OMC, http://www.wto.org/french/tratop_f/trips_f/art27_3b_background_f.htm (consulté le 8 août 2015).

¹²⁹⁶ *Sui generis*, c'est-à-dire de son propre genre.

¹²⁹⁷ D'autres systèmes *sui generis* sont possibles et existent (l'article suivant présente les éléments souhaitables, aux yeux de la FAO, d'un système *sui generis* satisfaisant en matière de protection des nouvelles variétés végétales: site de la FAO, <http://www.fao.org/docrep/003/x7355f/x7355f07.htm> (page consultée le 8 août 2015), mais la solution de l'UPOV est la plus préconisée parmi les systèmes *sui generis*. Et les autres régimes *sui generis* comportent un risque en cas de contentieux devant l'organe de règlement des différends de l'OMC.

¹²⁹⁸ L'Association Internationale des Sélectionneurs pour la Protection des Obtentions Végétales (ASSINSEL). Depuis 2002, l'ASSINSEL a fusionné avec la Fédération Internationale du Commerce des Semences (FIS) pour créer la Fédération internationale des semences (ISF).

¹²⁹⁹ L'UPOV comptait 72 membres en juin 2014.

¹³⁰⁰ Cette dernière modification, qui s'est exercée dans le sens d'un renforcement des droits des obtenteurs, s'est produite sous la pression concurrentielle du développement du droit des brevets sur les inventions biotechnologiques et sur les variétés végétales (notamment aux États-Unis).

Les certificats d'obtention végétale (COV) mis en place par cette Convention ont pour objectif de reconnaître le travail des obtenteurs/sélectionneurs¹³⁰¹ en protégeant juridiquement leurs droits de propriété intellectuelle sur les variétés qu'ils mettent au point. Les variétés protégées peuvent être des créations variétales ou des découvertes¹³⁰² (rendues toutefois homogènes et stables¹³⁰³, conformément aux exigences pour l'obtention d'un COV), et offrent aux sélectionneurs un monopole sur la vente de leurs semences, ce qui leur assure un retour sur investissement. La protection conférée par ce certificat porte sur la variété finale, non sur ses ressources génétiques qui restent libres. Depuis 1991, les membres de l'UPOV ont l'obligation

¹³⁰¹ Pour comprendre en quoi consiste le travail de l'obteneur, voir le paragraphe « La nature de l'amélioration des plantes » sur le site de l'UPOV : http://www.upov.int/about/fr/upov_system.html#P94_6289 (consulté le 11 août 2015). Pour résumer : « L'amélioration des plantes consiste essentiellement à découvrir ou à créer une variation génétique dans une espèce végétale et à sélectionner à l'intérieur de cette variation les végétaux renfermant les caractéristiques désirées qui peuvent être transmises de façon stable. (...) L'objectif d'un obteneur est simplement de produire une variété qui constitue une amélioration par rapport aux plantes utilisées comme point de départ ».

¹³⁰² L'Acte de 1991 de la Convention UPOV (article 1.iv) définit un obteneur comme « (...) la personne qui a créé ou qui a découvert et mis au point une variété (...) » : http://www.upov.int/about/fr/upov_system.html, consulté le 11 août 2015). Cela signifie qu'une simple découverte n'est pas suffisante pour ouvrir droit à une protection : il faut qu'il y ait mise au point. La question de la découverte et de la mise au point en relation avec la Convention UPOV est examinée de manière plus approfondie dans le document intitulé *Les notions d'obteneur et de notoriété*, Document C (Extr.)/19/2 Rev. : http://www.upov.int/edocs/infdocs/fr/0_c_extr_19_2_rev.pdf (consulté le 11 août 2015). D'après ce document, les principes et le libellé de l'Acte de 1978 ont été repris pour l'essentiel de l'Acte de 1961. Les dispositions pertinentes de l'Acte de 1978 sont les suivantes : « Il n'est pas non plus fait expressément mention de la protection des découvertes. La protection des découvertes peut être déduite du fait que, selon les termes mêmes du début de l'article 6.1)a), la variété peut être le résultat d'une variation initiale naturelle, par exemple une mutation. (...) Les pères de la Convention UPOV ont donc délibérément choisi d'ouvrir le système de protection à toutes les variétés, quel que soit leur mode d'obtention (y compris, par voie de conséquence, aux variétés qui sont "découvertes") et quel que soit l'effort accompli par l'obteneur pour parvenir à la variété. Aux termes de la Convention, il doit y avoir une source de variabilité, qui peut avoir été créée par l'obteneur ou être préexistante, et la sélection de l'obteneur doit pouvoir être nettement distinguée de toute autre variété notoirement connue. La Convention UPOV se distingue du système des brevets par son traitement des découvertes. En effet, les découvertes ne sont pas brevetables. Toutefois, la "découverte" de mutations ou de variantes dans une population de plantes cultivées est une source potentielle de variétés améliorées. La Convention UPOV aurait failli à sa tâche si elle avait écarté ces variétés de la protection et refusé aux auteurs des découvertes le bénéfice des incitations qu'elle crée à la préservation et à la diffusion de découvertes utiles, dans l'intérêt de la population du monde entier. Du reste, le Congrès des États-Unis avait adopté le même point de vue en 1930 en prévoyant la délivrance du brevet de plante à "quiconque invente ou découvre et multiplie par reproduction asexuée une variété distincte et nouvelle ...". (...) Le texte de l'Acte de 1991 : À l'occasion de la révision de la Convention en 1991, et malgré le fait que la sélection entre des variations préexistantes était considérée comme une activité normale de l'obteneur, il a été jugé utile de définir la notion d'obteneur afin de souligner que la Convention UPOV prévoit aussi la protection des variétés qui ont été découvertes. Lors de la Conférence diplomatique, les délégués étaient conscients que les découvertes sont une source importante d'amélioration des plantes, mais il était entendu que, dans la pratique, une découverte doit faire l'objet d'une évaluation, d'une reproduction ou multiplication avant de pouvoir être exploitée. C'est pourquoi l'Acte de 1991 a retenu, dans son article 1.iv), la formule définissant l'obteneur comme la personne qui a créé ou qui a découvert et mis au point une variété. La mention de l'origine artificielle ou naturelle de la variété initiale dont résulte la variété, qui figurait à l'article 6.1)a) de l'Acte de 1978, a disparu. Dans l'Acte de 1991, la découverte désigne l'activité de sélection entre des variations naturelles alors que la mise au point désigne le processus de reproduction ou multiplication et évaluation ».

d'appliquer les dispositions de la Convention à tous les genres et espèces végétaux¹³⁰⁴. Seules les variétés nouvelles, distinctes, homogènes et stables sont protégées¹³⁰⁵. Les droits de l'obtenteur¹³⁰⁶ courent sur « une durée qui ne peut être inférieure à 20 années à compter de la date d'octroi du droit d'obtenteur ou, dans le cas des arbres et de la vigne, à 25 années »¹³⁰⁷.

Les certificats d'obtention végétale ont été conçus à l'origine de manière à reconnaître la contribution des sélectionneurs et, étant donné le caractère autoreproductible et vital des variétés végétales, de manière à ne pas porter atteinte à la liberté d'utiliser ces variétés pour en produire de nouvelles¹³⁰⁸. Ils admettent donc l'exemption en faveur de l'obtenteur¹³⁰⁹, c'est-à-dire la possibilité d'obtenir une nouvelle variété végétale à partir de la variété protégée, sans que l'obtenteur de la seconde variété ne doive rien au détenteur du certificat d'obtention de la première, du moins si la production de la seconde variété ne nécessite pas l'emploi répété de la variété protégée¹³¹⁰. Mais cette exemption a évolué : dans la version de la Convention UPOV de 1991, les droits des obtenteurs ont été étendus à la *variété essentiellement dérivée* de la variété protégée, ce qui signifie que l'exemption en faveur de l'obtenteur n'est plus admise s'il s'agit d'une variété essentiellement dérivée¹³¹¹.

¹³⁰³ Les critères d'homogénéité et de stabilité sont définis plus loin dans ce chapitre.

¹³⁰⁴ Article 3 de la Convention de 1991.

¹³⁰⁵ Articles 5-9 de la Convention de 1991.

¹³⁰⁶ Exposés à l'article 14 de la Convention de 1991.

¹³⁰⁷ Selon l'article 19 de la Convention de 1991.

¹³⁰⁸ Le raisonnement est le suivant : « tout progrès véritable dans l'amélioration des plantes - ce qui, dans l'intérêt de la société, doit être l'objectif des droits de propriété intellectuelle dans ce domaine - repose sur l'accès aux dernières améliorations et variations. Il faut pouvoir accéder à tout matériel végétal, qu'il s'agisse de variétés modernes, de variétés locales ou d'espèces sauvages, si l'on veut progresser, ce qui suppose que les variétés protégées puissent être utilisées pour l'amélioration des plantes » : *Les notions d'obtenteur et de notoriété*, Document C (Extr.)/19/2 Rev., *op. cit.* Le libre accès aux ressources génétiques est d'ailleurs ce qui permet le travail du sélectionneur, dont les variétés « améliorées » ont été mises au point à partir des sélections paysannes.

¹³⁰⁹ Article 15.1.iii de la Convention de 1991.

¹³¹⁰ Article 14 de la Convention de 1991.

¹³¹¹ Celle-ci est définie à l'article 14 de la Convention de 1991. Selon l'ONG GRAIN, l'objectif de cette disposition est le suivant : « Toute personne utilisant une variété protégée pour sa recherche créative doit apporter des changements majeurs au génotype, sans quoi la nouvelle variété ne sera pas considérée comme nouvelle. Elle sera traitée comme une variété essentiellement dérivée, devenant la propriété du généticien initial. Selon l'UPOV, l'idée est d'éviter que des changements mineurs dans les caractéristiques d'une variété passent pour une réelle innovation. En particulier, les sélectionneurs conventionnels cherchent à dissuader les ingénieurs en génétique de prendre de variétés protégées, d'y insérer un gène nouveau, et d'obtenir ainsi un DOV sur cette nouvelle variété végétale » : *GRAIN et GAIA, Dix bonnes raisons de ne pas adhérer à l'UPOV*, 1998.

Les certificats d'obtention végétale autorisent également l'exemption de recherche, c'est-à-dire la possibilité pour les chercheurs d'utiliser la variété protégée dans le cadre de leurs recherches¹³¹².

Le privilège de l'agriculteur (c'est-dire la possibilité pour l'agriculteur de ressemer une partie de sa récolte) a, quant à lui, été introduit dans la version de la Convention de 1978¹³¹³, avant d'être limité, lui aussi, dans celle de 1991 : selon l'article 15 de la Convention UPOV de 1991, en effet, le privilège de l'agriculteur est devenu une exception¹³¹⁴ facultative laissée au choix des États. Ce privilège de l'agriculteur doit en outre s'exercer sur ses propres terres, ce qui interdit l'échange de semences entre agriculteurs¹³¹⁵, et « dans des limites raisonnables et sous réserve de la sauvegarde des intérêts légitimes de l'obtenteur »^{1316 1317}.

Dans les faits, d'ailleurs, ce privilège est de plus en plus entravé par le nombre croissant de semences hybrides difficilement reproductibles.

En outre, la Convention, revue en 1991 suite à la pression exercée par le développement du droit des brevets sur les innovations biotechnologiques et sur les variétés végétales, permet désormais une double protection de la même variété par un certificat d'obtention végétale et par

¹³¹² Article 15.1.ii de la Convention de 1991.

¹³¹³ Le droit des agriculteurs n'était pas mentionné dans la version de l'UPOV de 1961: il était considéré comme une sorte de droit naturel : F. Thomas V. Boisvert, *op. cit.*, p. 101.

¹³¹⁴ A partir du moment où la variété végétale utilisée est protégée par un droit de propriété intellectuelle, les détenteurs de ces droits estiment que les semences de deuxième génération leur « appartiennent » en quelque sorte également. Dans le cas d'une variété protégée par un COV, les obtenteurs ont au départ accepté cette pratique des semences de ferme (c'est-à-dire les semences réalisées à la ferme à partir de la récolte) sous la forme d'une exception, d'un privilège accordé aux agriculteurs. Mais l'évolution du droit a conduit à réduire sans cesse la portée de ce privilège.

¹³¹⁵ Les agriculteurs ont le droit « d'utiliser à des fins de reproduction ou de multiplication, sur leur propre exploitation, le produit de la récolte qu'ils ont obtenu par la mise en culture, sur leur propre exploitation, de la variété protégée » (article 15.2). Ils ne peuvent donc en aucun cas faire commerce de ces semences, comme le confirme cet auteur : « L'article 15 de la convention UPOV précise s'agissant des limites raisonnables de l'exercice du privilège du fermier que la semence de ferme n'est permise que pour une utilisation personnelle par la mise en culture sur l'exploitation de l'agriculteur. Cette restriction exclut par conséquent tout acte de vente et d'échange même à titre gratuit des semences fermières. Ce qui est permis par le texte c'est l'utilisation strictement personnelle par l'agriculteur pour réensemencer son champ à partir du produit de la récolte. On peut conclure que l'agriculteur qui procède à la vente ou même à l'échange des semences fermières est considéré comme contrefacteur, il peut être sanctionné conformément à la loi nationale portant sur les obtentions végétales. Par ailleurs, l'obtenteur se trouve dans la possibilité légale de revendiquer son droit sur la récolte et sur les produits issus de cette récolte lorsque les limites raisonnables qui sont précisées par la législation nationale sont dépassées » : M. Braham, *op. cit.*

¹³¹⁶ Article 15.2. Le raisonnement étant que « Si le privilège de l'agriculteur s'exerçait de façon telle qu'il n'offre pas aux obtenteurs d'incitation à créer de nouvelles variétés, le système ne profiterait pas à l'ensemble de la société » : *Les notions d'obtenteur et de notoriété*, Document C (Extr.)/19/2 Rev., *op. cit.*

¹³¹⁷ L'agriculture de subsistance échappe toutefois au droit de l'obtenteur, comme tout acte « accompli dans un cadre privé à des fins non commerciales » : article 15.1.i.

un brevet¹³¹⁸. Aujourd'hui, en effet, de nombreuses entreprises (et des pays comme les Etats-Unis, l'Australie, le Japon) plébiscitent le brevet. Nous aborderons plus loin dans ce chapitre la question des brevets sur les plantes et variétés et celle de la double protection (COV/brevet) car cette possibilité d'une double protection complique encore l'exercice du privilège de l'agriculteur, mais aussi l'exemption en matière de recherche et l'exemption en faveur de l'obteneur.

Autre point notable de cette version de 1991 : elle étend, du moins théoriquement, en cas de contrefaçon, la protection des variétés à la récolte et aux produits de la récolte¹³¹⁹.

b) Régime de protection communautaire (UE) des obtentions végétales

Le régime de protection communautaire des obtentions végétales¹³²⁰, fondé sur la Convention UPOV de 1991, est fixé depuis 1994 par le Règlement 2100/94/CE¹³²¹ (modifié par le Règlement 15/2008/CE) et plusieurs règlements annexes. Cette réglementation est mise en œuvre par l'Office communautaire des variétés végétales (OCVV)¹³²². Elle rend possible le dépôt d'un droit unique de propriété intellectuelle applicable sur tout le territoire de la Communauté européenne.

¹³¹⁸ Lorsque, par exemple, un gène est incorporé par transgénèse dans la variété. Cela pose cependant le problème de la compatibilité entre ces deux types de protection puisque le COV permet le libre accès de la variété au sélectionneur, contrairement au brevet qui requiert un droit de licence.

¹³¹⁹ Selon le document de l'UPOV, *Les notions d'obteneur et de notoriété*, C (Extr.)/19/2 Rev., *op. cit.* : « L'étendue du droit d'obteneur à l'égard du matériel de reproduction ou de multiplication s'étend au produit de la récolte, lorsque celui-ci a été obtenu grâce à l'utilisation non autorisée de matériel de reproduction ou de multiplication de la variété protégée, à moins que l'obteneur ait raisonnablement pu exercer son droit en relation avec le matériel de reproduction ou de multiplication. Chaque membre de l'Union peut également élargir la portée du droit d'obteneur aux produits fabriqués directement à partir d'un produit de récolte, lorsque ce dernier a été obtenu par utilisation non autorisée du produit de récolte de la variété protégée, à moins que l'obteneur ait raisonnablement pu exercer son droit en rapport avec le produit de récolte. Chaque membre de l'Union peut également étendre la portée du droit d'obteneur à d'autres actes que ceux mentionnés aux points i) à vii) ci-dessus ». C'est ce que confirme l'ONG GRAIN : « Les pays membres de l'Acte de 1991 en arrivent à étendre le droit de monopole du sélectionneur jusqu'à la récolte de l'agriculteur. Si l'agriculteur a ensemencé son champ en utilisant une variété protégée sans avoir payé le montant des royalties, le sélectionneur est en droit de revendiquer la propriété de la récolte (du blé par exemple) ainsi que les produits issus de cette récolte (par exemple, la farine de blé) » : GRAIN et GAIA, *Dix bonnes raisons de ne pas adhérer à l'UPOV*, *op. cit.*

¹³²⁰ Le régime communautaire ne remplace pas les régimes nationaux, mais offre une protection alternative, selon l'étendue de la protection que souhaite l'obteneur : un pays (droit national) ou l'ensemble de l'UE (droit communautaire).

¹³²¹ Règlement 2100/94/CE, JOCE 1, L 227/1, 01/09/94.

¹³²² L'OCVV est un organisme qui s'autofinance, principalement sur base de taxes versées par les détenteurs de DOV : « Afin d'assurer le principe de son autofinancement, l'OCVV bénéficie essentiellement de recettes provenant de taxes acquittées au titre d'actes officiels délivrés par celui-ci en application des règlements communautaires. Ces divers types de taxes relèvent des différentes phases du traitement d'un dossier de demande de protection de variété végétale (...) » : site de l'OCVV, <http://www.cpvo.europa.eu/main/fr/home/about-the-cpvo/financing> (consulté le 11 août 2015).

Le Règlement 2100/94 reconnaît, conformément à l'UPOV, l'exception en faveur de l'obtenteur/du sélectionneur¹³²³ et l'exception pour la recherche¹³²⁴. Il admet également le privilège de l'agriculteur¹³²⁵, mais seulement dans une certaine mesure¹³²⁶: la semence de ferme n'est autorisée que pour une vingtaine d'espèces énumérées à l'article 14.2¹³²⁷, et l'agriculteur qui cultive l'une de ces espèces¹³²⁸ est contraint de payer une *rémunération équitable* à l'obtenteur pour pouvoir ressemer le grain qu'il obtient à partir de variétés protégées¹³²⁹. Par ailleurs, en limitant l'utilisation par les agriculteurs des semences de ferme sur leur propre exploitation uniquement, ce règlement remet lui aussi en cause tout échange de semences entre agriculteurs¹³³⁰.

c) Exemple de droit national : la protection des obtentions végétales en droit français

Dans la traduction de la Convention UPOV en droit français, dès 1970, le privilège de l'agriculteur a été « omis » : l'agriculteur français s'est vu interdire (en théorie) la possibilité de produire ses semences de ferme à partir de variétés protégées. Dans les faits, la pratique des semences de ferme a malgré tout été tolérée¹³³¹, jusqu'il y a peu¹³³².

Mais les choses ont changé avec la loi française du 8 décembre 2011 relative au certificat d'obtention végétale¹³³³ qui prévoit que la pratique des semences de ferme¹³³⁴ soit « *non plus tolérée, mais légalisée* »¹³³⁵, à la condition de verser une rémunération aux titulaires des COV afin, comme le soulignent les sources officielles « que soit poursuivi le financement des efforts de recherche et que les ressources génétiques puissent être améliorées »¹³³⁶, les « petits agriculteurs » étant, pour leur part, exemptés du paiement de cette redevance.

¹³²³ Article 15.c.

¹³²⁴ Article 15 .b.

¹³²⁵ Article 14.1.

¹³²⁶ Article 14 du règlement 2100/94/CE.

¹³²⁷ Ni le maïs, ni le soja, ni aucune espèce potagère n'en font partie.

¹³²⁸ A l'exception du *petit agriculteur*, défini à l'article 7 du règlement d'application 1768/95, JOCE L 173/14, 25/07/95.

¹³²⁹ Les conditions d'exercice de ce droit sont explicitées dans les règlements 2605/98/CE, JOCE L 328/6, 04/12/98 et 1768/95, JOCE L 173/14, 25/07/95.

¹³³⁰ P. Reis, *Les exceptions au monopole dans le Traité UPOV : le cas des semences de ferme ou le prétendu privilège de l'agriculteur*, in *Les aspects juridiques de la valorisation des denrées alimentaires*, Universidad de Costa Rica, 2011, p.114-129.

¹³³¹ Le plus souvent d'ailleurs, comme le montre l'enquête de S. L. Avnar, *op.cit.*, point 224, p. 119, les agriculteurs ne savent pas si les variétés qu'ils utilisent sont protégées, et encore moins si elles le sont par un droit communautaire ou par un droit national, car ce n'est, en général, pas indiqué par les distributeurs, ni sur les étiquettes, ni sur les catalogues de vente des semences, ni dans les catalogues officiels.

A l'instar de la réglementation européenne¹³³⁷, la loi française a donc reconnu le privilège de l'agriculteur pour une vingtaine de variétés¹³³⁸ seulement - blé, avoine, orge, pois, colza, luzerne, pommes de terre, etc. - en contrepartie d'une rémunération (étrangement dénommée *contribution volontaire obligatoire*¹³³⁹), mais l'a interdit pour les autres variétés (semences de ferme de légumes, de fruits, de fleurs, de soja, maïs, sainfoin, sarrasin, moutarde, etc.).

Cette loi n'a pas manqué de susciter des controverses¹³⁴⁰. Selon le Réseau Semences Paysannes, c'est la distorsion de concurrence par rapport aux entreprises américaines qui aurait servi de prétexte à cette modification de la loi française¹³⁴¹. La France est en effet le premier exportateur mondial de semences, devant les Pays-Bas et les États-Unis¹³⁴², et le système du COV

¹³³² En 2001, cette tolérance à l'égard des semences de ferme a conduit à un accord interprofessionnel controversé sur le blé tendre: depuis cet accord, les agriculteurs qui utilisent les semences obtenues à partir de leur récolte de blé tendre doivent verser une *contribution volontaire obligatoire* (CVO) afin de rémunérer les obtenteurs. L'Union française des semenciers (UFS) justifie cette taxe en déplorant la faiblesse des « efforts de recherche pour l'amélioration du blé tendre qui sont 10 fois inférieurs à ceux du maïs ». Traduction du Réseau Semences paysannes : « En d'autres termes, si la production de semences hybrides F1 est aisée à partir du maïs, interdisant de fait à l'agriculteur de produire ses propres semences, elle l'est moins pour le blé tendre, ce qui limite les gains des obtenteurs » : Réseau Semences Paysannes, *Taxer les semences industrielles non reproductibles et non les semences de ferme*, 22 janvier 2011. D'après une Note du Commissariat général français à la stratégie et à la prospective, cette CVO a permis de générer 9 millions d'euros en 2011. 85% de cette somme sont revenus aux obtenteurs et 15% à un fonds de soutien à l'obtention végétale, en vue de financer la recherche publique sur le blé tendre : G. Ducos, J-L Pujol et A. Teillant (Commissariat général à la stratégie et à la prospective), *Pour un secteur des semences dynamique et innovant*, in La Note d'Analyse, 10/2013, n°5.

¹³³³ Loi n° 2011-1843 du 8 décembre 2011 proposée et soutenue par l'UMP, publiée au JORF n°0286 du 10 décembre 2011, page 20955, texte n° 1 : http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do;jsessionid=AE782DE6CAEB429070F161793449ED97.tpdjo13v_2?cidTexte=JORFTEXT000024940172&dateTexte=&oldAction=rechJO&categorieLien=id (consulté le 11 août 2015).

¹³³⁴ Article 16, section 2 bis de la loi française : http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexteArticle.do;jsessionid=5A52927DDCDACD322E117131600D3052.tpdjo13v_2?idArticle=JORFARTI000024940227&cidTexte=JORFTEXT000024940172&dateTexte=29990101&categorieLien=id (consulté le 11 août 2015).

¹³³⁵ D'après le Réseau Semences paysannes, l'importance de cette modification de la loi française était très relative, car le COV français, qui ne couvre que le territoire français, n'est pratiquement plus utilisé aujourd'hui : depuis 1994, la plupart des variétés sont protégées par le COV européen, qui couvre tout le territoire européen: G. Kastler, *Abroger la loi de protection des semences totalitaires pour libérer les semences fermières et paysannes*, janvier 2012.

¹³³⁶ D'après le site officiel de la Direction de l'information légale et administrative de France : <http://www.vie-publique.fr/actualite/panorama/texte-vote/loi-du-8-decembre-2011-relative-aux-certificats-obtention-vegetale.html> (consulté le 11 août 2015).

¹³³⁷ Le but de cette modification de loi était d'harmoniser la loi française avec le droit européen et international.

¹³³⁸ Pour les mêmes espèces que celles énumérées par le règlement (CE) n° 2100/94, ainsi que pour d'autres espèces qui peuvent être énumérées par décret en Conseil d'État.

(français, communautaire et en général) se trouve menacé par la déferlante des brevets dans le domaine végétal introduits par les firmes agrochimiques¹³⁴³.

Pourtant, cette loi ne clarifie rien en matière de brevets : « aucun de ses articles ne fait la moindre proposition pour empêcher le déferlement de nouveaux brevets déposés à l'Office Européen sur les gènes ou les procédés de sélection des plantes, ni pour interdire la double protection du brevet sur les gènes des variétés déjà protégées par un COV, ni pour empêcher les sociétés qui détiennent les plus gros portefeuilles de brevets de s'en servir pour s'emparer des petites entreprises semencières françaises et de leurs COV »¹³⁴⁴. Par contre, d'aveu officiel¹³⁴⁵, elle

¹³³⁹ Une indemnité à définir dans le cadre d'accords interprofessionnels. Selon le site du Ministère de l'agriculture, plusieurs décrets en application de cette loi sont en cours de rédaction, dont un portant sur une liste complémentaire d'espèces pouvant bénéficier de la dérogation: <http://agriculture.gouv.fr/loi-certificats-d-obtention-vegetale> (page consultée le 11 août 2015).

¹³⁴⁰ Voir, à titre d'exemple, la Motion du Conseil Général des Hautes Pyrénées contre cette loi : <http://www.cg65.fr/UploadFiles/publications/1585/Motion%20sur%20la%20loi%20relative%20aux%20Certificats%20d'obtention%20v%C3%A9g%C3%A9tale.pdf.V23.aspx> (consulté le 11 août 2015).

¹³⁴¹ C'est ce prétexte qui justifiait également les projets de réforme du droit des semences et du droit de la propriété intellectuelle au niveau européen ces dernières années, comme nous le montrerons plus loin : Réseau Semences Paysannes, *Taxer les semences industrielles non reproductibles et non les semences de ferme*, *op. cit.*

¹³⁴² L'industrie européenne des semences est composée de nombreuses PME et de quelques grandes entreprises multinationales, dont la coopérative française Limagrain, un des leaders européens et quatrième semencier mondial en termes de chiffre d'affaires. Il faut y ajouter trois grandes entreprises issues de l'agrochimie : l'entreprise suisse Syngenta Seeds, Bayer CropScience et BASF Plant Science. En 2012, les dix plus grandes entreprises semencières (dont 5 sont européennes, si l'on compte Syngenta) contrôlaient un peu plus de 60 % du marché mondial des semences. En France, il existe un peu plus de 70 entreprises semencières créatrices de nouvelles variétés (dont certaines investissent dans les biotechnologies ces dernières années), 246 entreprises produisant des semences et 17500 agriculteurs multiplicateurs de semences : G. Ducos, J-L Pujol et A. Teillant, *op. cit.*

¹³⁴³ Il existe, de manière très schématique (car ces modèles sont de plus en plus poreux aujourd'hui), deux grands modèles en matière d'amélioration végétale : les semenciers, notamment des PME européennes (mais aussi quelques entreprises de taille internationale comme Limagrain) dont le métier initial était la sélection végétale, et qui, à ce titre, utilisent et promeuvent le système du COV (UPOV) en défendant le principe du libre accès aux gènes (privilège du sélectionneur et privilège du chercheur) inscrit dans la Convention UPOV (même si des propositions de blocage « temporaire » de l'exception du sélectionneur se font jour de la part de certains semenciers); et les multinationales issues de l'agrochimie, américaines notamment, qui, historiquement, se sont consacrées initialement au développement de plantes génétiquement modifiées et qui utilisent et promeuvent le système des brevets pour protéger les innovations dans le domaine végétal. Ces entreprises étaient à l'origine spécialisées dans l'agrochimie ou la pharmacie (de là provient le fait qu'elles recourent aux brevets) et se sont diversifiées dans le secteur des OGM. C'est le cas des trois leaders mondiaux des semences que sont Monsanto, Syngenta et Pioneer. Néanmoins, il faut nuancer cette présentation schématique : aujourd'hui, les semenciers conventionnels ont également recours aux biotechnologies. Et certaines entreprises internationales adoptent le COV en Europe, le brevet aux Etats-Unis ou la double protection : G. Ducos, J-L Pujol et A. Teillant, *op. cit.*

¹³⁴⁴ G. Kastler, *Un bilan de la loi sur les certificats d'obtention végétale votée le 28 novembre 2011*, 15 janvier 2012.

¹³⁴⁵ Voir le site du Ministère de l'agriculture : <http://agriculture.gouv.fr/loi-certificats-d-obtention-vegetale> (consulté le 11 août 2015).

apporte des modifications importantes aux dispositions françaises, notamment en clarifiant le pouvoir de contrôle des autorités compétentes.

Ainsi, en France, les agriculteurs qui ne multiplient pas les semences à la ferme, les petits agriculteurs et les agriculteurs qui utilisent des variétés non protégées ne sont pas redevables de cette contribution volontaire obligatoire, mais c'est seulement après s'en être acquittés qu'ils peuvent en demander le remboursement en apportant la preuve de leur situation. Les premiers doivent fournir une facture d'achat de semences prouvant qu'ils n'ont pas fait leurs semences à la ferme, mais qu'ils ont acheté des lots de semences¹³⁴⁶, les seconds doivent apporter la preuve qu'ils correspondent bien à la définition de « petit agriculteur » au sens du Règlement européen¹³⁴⁷, et les troisièmes doivent apporter la preuve d'achat de leurs semences de variétés non protégées¹³⁴⁸ (ce qu'ils ne sont pas en mesure de fournir lorsqu'ils cultivent et reproduisent justement à la ferme des semences paysannes)¹³⁴⁹. Dans tous les cas, souligne le Réseau Semences paysannes, « ces paysans auront le choix entre payer ou s'identifier comme producteurs de semences de ferme, ce qui facilitera d'autres types de contrôles, par exemple sur les échanges de semences entre agriculteurs »^{1350 1351}.

d) Conclusion concernant les droits d'obtention végétale

¹³⁴⁶ « Les agriculteurs apportant la preuve (facture d'achat de semences) qu'ils n'ont pas fait leurs semences à la ferme mais qu'au contraire ils ont acheté un lot de semences, peuvent se faire rembourser la CVO » : Réseau Semences Paysannes, *Taxer les semences industrielles non reproductibles et non les semences de ferme*, *op. cit.*

¹³⁴⁷ « Au moment de la collecte, un organisme collecteur ne peut pas le savoir. La notion de "petits producteurs" n'existant plus sur les déclarations PAC, les autorités publiques ne sont plus en mesure de fournir une attestation justifiant de ce statut. Ainsi, un agriculteur livrant 30 tonnes de blé tendre à un organisme collecteur n'est pas obligatoirement un producteur produisant moins de 92 tonnes de céréales et d'oléoprotéagineux. Seule une demande de remboursement de l'agriculteur accompagnée de la copie de sa déclaration de surface (PAC) peut être prise en compte » : site du Fonds de soutien à l'obtention végétale, <http://www.fsoy.org/informations-collecteurs-cereales.html> (consulté le 11 août 2015).

¹³⁴⁸ « Une demande de remboursement de l'agriculteur précisant le nom de la variété non protégée livrée accompagnée de la copie du bordereau de livraison est à adresser au GNIS. Ce dernier effectuera les contrôles nécessaires à partir de l'échantillon conservé par l'organisme stockeur au moment de la livraison » : site du Fonds de soutien à l'obtention végétale, <http://www.fsoy.org/informations-collecteurs-cereales.html> (consulté le 11 août 2015).

¹³⁴⁹ Un article récent le confirme : « doivent payer des « royalties » tous les agriculteurs qui ne peuvent pas présenter à l'organisme stockeur une facture d'achat de semences autres, y compris ceux qui utilisent des semences issues de variétés non protégées comme, par exemple, celles issues du domaine public » : P. Reis, *op. cit.*

¹³⁵⁰ Réseau Semences Paysannes, *Loi sur les certificats d'obtention végétale : Quels impacts sur les semences paysannes et fermières ?*, janvier 2012.

Du point de vue de l'agriculteur, l'autoproduction des semences de ferme permet de comprimer les coûts (moins d'achats de semences) et d'être plus indépendant. Cette pratique est vue comme concurrente et considérée comme un manque à gagner pour les semenciers et pour les distributeurs. Il en résulte, comme on l'a constaté dans le cadre de la Convention UPOV de 1991, du droit communautaire relatif à la protection des obtentions végétales ou du droit français, une restriction du privilège de l'agriculteur¹³⁵². Selon un article récent, du déclin progressif de la portée de cette exception, il semble que l'on en vienne aujourd'hui à la contestation de son existence et à sa remise en cause : rien n'empêche en effet désormais chaque Etat membre de l'UPOV de remettre en cause cette exception dans le cadre de conventions bilatérales (cf. *infra*) ou suite à un lobbying puissant exercé par les semenciers¹³⁵³.

Or le procédé est d'autant plus inéquitable que l'industrie semencière utilise, totalement gratuitement et sans contrepartie, pour son travail de sélection, le patrimoine végétal sélectionné depuis des siècles par les paysans. D'autre part, la pratique des semences de ferme a conduit, et conduit de plus en plus, les obtenteurs à se concentrer sur les hybrides¹³⁵⁴.

L'intérêt, du point de vue du semencier, de restreindre le privilège de l'agriculteur techniquement et légalement¹³⁵⁵ réside évidemment dans le fait que l'agriculteur devra chaque année acheter ses graines. Mais, outre une dépendance des agriculteurs - et des populations en général - par rapport aux semenciers (qui déterminent ainsi les variétés cultivées) et par rapport à

¹³⁵¹ En janvier 2014, une proposition de loi française en discussion visant à lutter contre la contrefaçon proposait d'assimiler les semences, les animaux et les préparations naturelles produits à la ferme pour les besoins de la ferme à de la contrefaçon. Cette loi aurait permis de poursuivre les agriculteurs en cas de multiplication de semences et d'animaux ou d'élaboration de préparations naturelles dans leurs fermes. Le président de la FNSEA estimait que « les semences doivent impérativement rester dans le champ de la contrefaçon ». La Confédération paysanne s'y est farouchement opposée. Selon elle, le risque était grand qu'« avec cette loi, les paysans qui voudront produire leur propre semence [soient] sous la menace constante de poursuites en contrefaçon, saisie, voire destruction, de leurs récoltes ». En février 2014, l'exception agricole fut finalement votée par les députés : voir Prat F. (Inf'OGM), France : *L'exception agricole quasi obtenue pour la loi contrefaçons*, janvier 2014 et cet autre article : *Les députés votent une exception agricole*, in *La France agricole*, 5/2/2014, <http://www.lafranceagricole.fr/actualite-agricole/loi-sur-la-contrefacon-semences-les-deputes-votent-une-exception-agricole-83846.html> (consulté le 11 août 2015).

¹³⁵² Comme le relate un commentateur, défenseur du privilège du fermier : « les semenciers ont tiré parti du caractère autoreproductible des semences pour prétendre que, au-delà de la première génération (...), le droit d'usage du produit était expiré. (...) Ce qu'il faut comprendre c'est que (...) le paysan n'a aucun lieu de rémunérer le sélectionneur pour ses activités de recherche, puisque celui-ci a déjà perçu cette rémunération lorsqu'il lui a vendu ses semences pour la première fois. (...) Ce n'est en fait pas la rémunération d'un travail effectif de recherche que poursuivent les sélectionneurs, mais la recherche d'une rémunération sans travail, c'est-à-dire une situation de rente » : *La loi scélérate du 8 décembre 2011 va-t-elle bientôt sévir ?*, mars 2013, <http://www.primitivi.org/spip.php?article610> (consulté le 11 août 2015).

¹³⁵³ D'après P. Reis, *op. cit.*, « la dernière étape de la révision de l'UPOV, déjà demandée à plusieurs reprises par l'Association internationale des semenciers, sera l'abolition du privilège de l'agriculteur (...) cette abolition étant particulièrement demandée par l'Association européenne des semenciers ». Voir sur ce point J. Blokland, *Do the legal tools meet the needs of the breeders?*, Regional Seminar on Enforcement of Plant Variety Rights, Community Plant Variety Office, Warsaw, 11-12 mai 2006 : <http://tinyurl.com/28bvvg> (consulté le 5 février 2015).

¹³⁵⁴ Et conduire peut-être à l'avenir les entreprises biotechnologiques à se concentrer sur les GURT (Genetic Use Restrictive Technology).

leurs variétés améliorées (destinées à une agriculture riche en intrants et inadaptées, par exemple, dans le cadre d'une agriculture biologique), cette situation implique que les plantes ne peuvent plus évoluer dans les champs et s'adapter éventuellement d'elles-mêmes aux conditions de terrain (climat, écosystèmes environnants, résistances à certains parasites, maladies, conditions défavorables locales, etc.). Cela conduit inévitablement à un appauvrissement de la biodiversité agricole.

Comme le souligne le Réseau Semences paysannes : « Sans remettre en cause l'apport des semences industrielles depuis la IIe guerre mondiale, les semences fermières et paysannes sont aujourd'hui un complément indispensable pour sortir des impasses agronomiques, environnementales, économiques et alimentaires dans lesquelles nous enferment les systèmes agronomiques découlant de l'utilisation exclusive des semences industrielles »¹³⁵⁶. Ces *inconvenients* « souvent inhérents », selon la FAO, aux systèmes actuels de protection des variétés végétales sont d'ailleurs reconnus par cette Organisation elle-même¹³⁵⁷, qui pointe en effet parmi eux : « la restriction des mouvements des variétés dans le système semencier local (à savoir, l'interdiction pour les petits exploitants d'utiliser et d'échanger des semences conservées sur l'exploitation), la perte directe et indirecte de diversité biologique par la dissémination croissante qui se fait de nos jours de variétés uniformes, la perte des cultivars primitifs locaux et des variétés des agriculteurs, et la protection limitée accordée aux efforts et aux investissements des obtenteurs modernes, tandis que ceux des générations passées sont négligés ».

Brevets et privilège de l'agriculteur

a) Le droit international en matière de brevets (Organisation mondiale du commerce (OMC), Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI)

L'ADPIC, Accord sur les aspects de propriété intellectuelle relatifs au commerce, conclu dans le cadre de l'OMC en 1994, est le premier accord multilatéral à introduire des règles relatives à la propriété intellectuelle dans le système commercial multilatéral. Il fixe des niveaux minimum de protection de la propriété intellectuelle pour ses Etats membres¹³⁵⁸.

¹³⁵⁵ Tout comme l'intérêt de réduire les ventes directes de semences entre agriculteurs, comme nous le verrons par la suite avec le droit en matière de commercialisation des semences.

¹³⁵⁶ A-C Moÿ, *op. cit.*

¹³⁵⁷ Voir le site officiel de la FAO à la page suivante : <http://www.fao.org/docrep/003/x7355f/x7355f07.htm> (consulté le 11 août 2015).

¹³⁵⁸ Cet accord vise à atténuer les différences dans la manière dont ces droits sont protégés de par le monde et à les soumettre à des règles internationales communes : site de l'OMC, http://www.wto.org/french/thewto_f/whatis_f/tif_f/agrm7_f.htm (consulté le 1/02/2016).

L'article 27.3b de l'ADPIC autorise les Etats membres à exclure de la brevetabilité les végétaux et les procédés essentiellement biologiques d'obtention de végétaux. Il les autorise également à adopter, pour la protection des variétés végétales, soit le système des brevets, soit un système *sui generis*, soit une combinaison des deux¹³⁵⁹. Cet article devait être réexaminé en 1999, mais cet examen semble toujours en cours¹³⁶⁰, faute de consensus entre les pays technologiquement à la pointe, majoritairement désireux de supprimer ces exclusions, et les autres, soucieux de les renforcer¹³⁶¹.

Selon un rapport de l'OMPI de 2009, vu que l'ADPIC autorise une certaine flexibilité, les exclusions de la brevetabilité concernant les inventions relatives aux plantes et aux animaux diffèrent significativement d'un droit national ou régional à l'autre¹³⁶². Différentes formules ont ainsi été recensées¹³⁶³ : a) exclusion de la brevetabilité des végétaux¹³⁶⁴ et des variétés végétales¹³⁶⁵; b) exclusion de la brevetabilité des variétés végétales, mais reconnaissance de la brevetabilité des plantes¹³⁶⁶; c) reconnaissance de la brevetabilité des végétaux et des variétés

¹³⁵⁹ ADPIC, Article 27.3 b : « Les Membres pourront aussi exclure de la brevetabilité : (...) b) les végétaux et les animaux autres que les micro-organismes, et les procédés essentiellement biologiques d'obtention de végétaux ou d'animaux, autres que les procédés non biologiques et microbiologiques. Toutefois, les Membres prévoiront la protection des variétés végétales par des brevets, par un système *sui generis* efficace, ou par une combinaison de ces deux moyens. Les dispositions du présent alinéa seront réexaminées quatre ans après la date d'entrée en vigueur de l'Accord sur l'OMC ». L'article 27.2 de l'ADPIC dispose également que : « Les Membres pourront exclure de la brevetabilité les inventions dont il est nécessaire d'empêcher l'exploitation commerciale sur leur territoire pour protéger l'ordre public ou la moralité, y compris pour protéger la santé et la vie des personnes et des animaux ou préserver les végétaux, ou pour éviter de graves atteintes à l'environnement, à condition que cette exclusion ne tienne pas uniquement au fait que l'exploitation est interdite par leur législation ».

¹³⁶⁰ Selon le site de l'OMC : http://www.wto.org/french/tratop_f/trips_f/art27_3b_background_f.htm (consulté le 1/02/2016).

¹³⁶¹ Comme on le constate dans le rapport de synthèse de l'OMC IP/C/W/369/Rev.1, *Réexamen des dispositions de l'article 27.3b. Résumé des questions qui ont été soulevées et des observations qui ont été formulées*, du 9 mars 2006, p. 8-31 : http://www.wto.org/french/tratop_f/trips_f/ipcw369r1.pdf (consulté le 1/02/2016).

¹³⁶² Rapport SCP/13/3 du Standing Committee on the Law of Patents de l'OMPI, *Exclusions from patentable subject matter and exceptions and limitations to the rights*, 04/02/2009, p. 14-19: http://www.wipo.int/edocs/mdocs/scp/en/scp_13/scp_13_3.pdf (consulté le 1/02/2016). Le rapport CDIP/13/10, plus récent, du Comité du développement et de la propriété intellectuelle de l'OMPI, *Eléments de flexibilité relatifs aux brevets dans le cadre juridique multilatéral et leur mise en œuvre législative aux niveaux national et régional, partie III*, de mars 2014, rappelle que « le cadre juridique international fournit en cette matière des éléments de flexibilité destinés à permettre à chaque pays d'adopter la solution la plus adaptée à ses intérêts nationaux (p. 7).

¹³⁶³ OMPI, Rapport CDIP/13/10, *op. cit.*, p. 8 ; voir aussi OMPI, Rapport SCP/13/3, *op. cit.*

¹³⁶⁴ Par exemple, les pays andins (Accord andin d'intégration sous-régionale/Accord de Carthagène, Décision 486 du 14 septembre 2000, article 20, alinéa c) : OMPI, Rapport CDIP/13/10, *op. cit.*, p. 8.

¹³⁶⁵ Par exemple, la Chine, qui exclut de ce fait également les plantes transgéniques (paragraphe 9.1.2.3-4, chapitre 10, partie II des Directives pour l'examen des brevets de la République populaire de Chine, 2010) : OMPI, *Ibidem*, p. 8-9.

¹³⁶⁶ Par exemple l'Union européenne : *Ibidem*, p. 10-12.

végétales¹³⁶⁷ ; d) exclusion¹³⁶⁸ ou e) reconnaissance de la brevetabilité des procédés essentiellement biologiques d'obtention de végétaux.

Il n'est pas fait mention de l'exemption en matière de recherche, ni du privilège du fermier dans l'ADPIC. Mais l'article 30 stipule que : « Les Membres pourront prévoir des exceptions limitées aux droits exclusifs conférés par un brevet, à condition que celles-ci ne portent pas atteinte de manière injustifiée à l'exploitation normale du brevet ni ne causent un préjudice injustifié aux intérêts légitimes du titulaire du brevet, compte tenu des intérêts légitimes des tiers ». L'exemption pour la recherche et le privilège du fermier peuvent donc s'inscrire dans le cadre de ces exceptions limitées, et sont dès lors reconnus dans le droit des brevets de certains États. Mais ils ne le sont pas là où les droits nationaux considèrent, selon les termes de l'ADPIC, qu'ils « portent atteinte à l'exploitation normale du brevet » et/ou qu'ils « causent un préjudice injustifié aux intérêts légitimes du titulaire »¹³⁶⁹.

Au niveau multilatéral, il faut également mentionner, dans le cadre de l'OMPI cette fois, le Traité de coopération en matière de brevets (PCT), entré en vigueur en 1978¹³⁷⁰, le Traité sur le droit des brevets (PLT), adopté en 2000, qui harmonise et rationalise les procédures en matière de demandes de brevet et de brevets nationaux et régionaux, ainsi qu'un projet de traité (SPLT) visant à harmoniser le droit des brevets au-delà des procédures, en cours de réflexion au sein du Comité permanent du droit des brevets de l'OMPI depuis plus de dix ans¹³⁷¹. Ce projet traite notamment de questions aussi essentielles que de la définition de l'état de la technique¹³⁷², de la

¹³⁶⁷ Par exemple le Japon : *Ibidem*, p. 10-12.

¹³⁶⁸ Par exemple au Brésil, dans l'Union européenne, en Inde : *Ibidem*, p. 12. Dans l'Union européenne, la distinction entre les procédés essentiellement biologiques pour l'obtention de végétaux non brevetables et les procédés microbiologiques brevetables est établie par les Directives relatives à l'examen pratiqué à l'Office européen des brevets (juin 2012), Partie G – chapitre II-16, section 5.4.2 : *Ibidem*, p. 12, note 46.

¹³⁶⁹ Voir la synthèse réalisée sur le site de l'OMPI concernant les exceptions et exclusions à la brevetabilité dans les droits nationaux : http://www.wipo.int/export/sites/www/scp/en/national_laws/exceptions.pdf (consulté le 1/02/2016). Voir également les rapports de l'OMPI suivants concernant les débats actuels sur l'exemption en matière de recherche, les limitations et exceptions à la brevetabilité et les limitations dans le domaine de la biotechnologie : OMPI, rapport SCP/20/4, novembre 2013 sur http://www.wipo.int/edocs/mdocs/patent_policy/en/scp_20/scp_20_4.pdf; OMPI, rapport SCP/18/3, avril 2012 sur http://www.wipo.int/edocs/mdocs/scp/en/scp_18/scp_18_3.pdf; OMPI, rapport SCP/15/3, annexe III, janvier 2010, accessible à la page suivante : http://www.wipo.int/edocs/mdocs/scp/en/scp_15/scp_15_3-annex3.pdf.

¹³⁷⁰ Voir le site de l'OMPI : <http://www.wipo.int/pct/fr/> (consulté le 1/02/2016). Signé en 1970, il est entré en vigueur en 1978, puis a été amendé plusieurs fois et compte près de 150 Etats membres. Par le biais de ce Traité, une seule demande est confiée au Bureau International de l'OMPI qui se charge de vérifier que la revendication répond aux critères de la brevetabilité. Le dépôt de la demande implique la revendication de l'invention dans tous les États membres, mais il ne s'agit pas d'un brevet international : les décideurs finaux de la validité d'une revendication restent les bureaux nationaux ou régionaux des brevets. Une même demande peut donc donner lieu à un brevet dans un pays et pas dans un autre.

¹³⁷¹ Voir le site de l'OMPI : <http://www.wipo.int/patent-law/fr/harmonization.htm> (consulté le 1/02/2016).

¹³⁷² Voir la situation actuelle sur ce point dans le document de l'OMPI accessible à la page suivante : http://www.wipo.int/export/sites/www/scp/en/national_laws/prior_art.pdf.

nouveauté¹³⁷³, de l'activité inventive¹³⁷⁴, des exceptions¹³⁷⁵ et exclusions¹³⁷⁶ à la brevetabilité, de la divulgation de l'origine des ressources génétiques¹³⁷⁷ et des savoirs traditionnels associés dans les demandes de brevet, ou encore des demandes concernant les longs listages de séquences, etc. Une proposition relative à ce projet de traité présentée par les États-Unis et le Japon en 2004 n'a pas fait consensus parmi les États membres de l'OMPI¹³⁷⁸. Des consultations informelles avec les États s'en sont suivies, mais les négociations ont été suspendues en 2006, faute d'accord sur le programme de travail. Elles ont repris en 2008, avec l'ajout de nouvelles questions dans le cadre des négociations. Parmi les questions actuellement examinées figure la question des exceptions et limitations relatives aux droits des brevets, exceptions et limitations qui varient actuellement d'un pays à l'autre¹³⁷⁹. Les négociations se poursuivent donc autour de l'objectif d'harmonisation du droit des brevets, et par exemple de l'exemption en matière de recherche¹³⁸⁰, des limitations et exceptions à la brevetabilité¹³⁸¹, des limitations dans le domaine de la biotechnologie¹³⁸², etc. L'OMC et l'OMPI contribuant depuis plusieurs décennies à l'harmonisation internationale et au renforcement du droit des brevets, les ONG voient les négociations autour du SPLT d'un très mauvais œil¹³⁸³.

¹³⁷³ Voir la situation actuelle sur ce point dans le document de l'OMPI accessible à la page suivante : http://www.wipo.int/export/sites/www/scp/en/national_laws/novelty.pdf.

¹³⁷⁴ Voir la situation actuelle sur ce point dans le document de l'OMPI accessible à la page suivante : http://www.wipo.int/export/sites/www/scp/en/national_laws/inventive.pdf.

¹³⁷⁵ Voir la situation actuelle sur ce point dans le document de l'OMPI accessible à la page suivante : http://www.wipo.int/export/sites/www/scp/en/national_laws/exceptions.pdf.

¹³⁷⁶ Voir la situation actuelle sur ce point dans le document de l'OMPI accessible à la page suivante : http://www.wipo.int/export/sites/www/scp/en/national_laws/exclusions.pdf.

¹³⁷⁷ Voir la situation actuelle sur ce point dans le document de l'OMPI accessible à la page suivante : http://www.wipo.int/export/sites/www/scp/en/national_laws/disclosure.pdf.

¹³⁷⁸ Voir le document OMPI, WO/GA/31/10.

¹³⁷⁹ Beaucoup de pays prévoient une partie ou l'ensemble des exceptions ou limitations suivantes: "(i) private and/or non commercial use; (ii) experimental use and/or scientific research; (iii) extemporaneous preparation of medicines; (iv) prior use; (v) use of articles on foreign vessels, aircrafts and land vehicles; (vi) acts for obtaining regulatory approval from authorities; (vii) exhaustion of patent rights; (viii) compulsory licensing and/or government use; and (ix) certain use of patented inventions by farmers and breeders": site de l'OMPI, http://www.wipo.int/patents/en/topics/exceptions_limitations.htm (consulté le 1/02/2016).

¹³⁸⁰ OMPI, rapport SCP/20/4, novembre 2013, accessible à la page suivante: http://www.wipo.int/edocs/mdocs/patent_policy/en/scp_20/scp_20_4.pdf.

¹³⁸¹ OMPI, rapport SCP/18/3, avril 2012, accessible à la page suivante : http://www.wipo.int/edocs/mdocs/scp/en/scp_18/scp_18_3.pdf.

¹³⁸² OMPI, rapport SCP/15/3, annexe III, janvier 2010, accessible à la page suivante : http://www.wipo.int/edocs/mdocs/scp/en/scp_15/scp_15_3-annex3.pdf.

¹³⁸³ Voir par exemple GRAIN, *Le Projet de traité sur le droit matériel des brevets de l'OMPI*, octobre 2003.

b) La protection des plantes et variétés végétales aux Etats-Unis (Plant Patent Act, Plant Variety Protection Act, Utility Patent Act)

Des brevets sur des plantes ont été déposés aux Etats-Unis dès l'établissement du Plant Patent Act (PPA) en 1930¹³⁸⁴. Cet acte, toujours en vigueur aujourd'hui, concerne les plantes à reproduction asexuée (essentiellement ornementales). D'après Anvar, « La restriction du champ aux seules plantes asexuées était due avant tout à la volonté d'éviter la levée de bouclier attendue face aux brevets sur les plantes, et plus précisément les céréales et les légumes. L'idée était de faire établir le principe d'un droit des obtenteurs, puis par la suite d'étendre le champ d'application de ce brevet, ce qui serait plus facile une fois le principe de base accepté »¹³⁸⁵.

Cet acte a été complété en 1970 par le Plant Variety Protection Act (PVPA), conforme à l'UPOV¹³⁸⁶, qui concerne les plantes à reproduction sexuée et les variétés à tubercules alimentaires. Il accorde des certificats de protection de la variété végétale, et non des brevets. Néanmoins, depuis 2001, suite à la jurisprudence¹³⁸⁷, les variétés protégées par des certificats peuvent aussi prétendre à une protection au moyen d'un brevet d'utilité (cf. *infra*).

Mais le dépôt de brevets sur des plantes se développa surtout à partir des années 80 avec le développement des biotechnologies¹³⁸⁸ : les *plant inventions* peuvent désormais être protégées au moyen d'un brevet d'invention, selon les modalités du Utility Patent Act¹³⁸⁹. Les revendications des brevets portant sur ces inventions végétales peuvent concerner les plantes, leurs semences, des variétés de plantes, des parties de plantes (par exemple fruits et fleurs), des gènes de plantes, des procédés de production de plantes et des hybrides.

Aux États-Unis, les végétaux peuvent donc être protégés par le biais d'un brevet d'utilité (35 U.S.C. § 101), d'un brevet de plante (35 U.S.C. § 161) ou d'un certificat d'obtention végétale (7 U.S.C. § 2321)¹³⁹⁰.

Étant conforme à l'UPOV, le Plant Variety Protection Act (qui octroie des certificats d'obtention) reconnaît le privilège du fermier¹³⁹¹. Mais le droit des brevets américain ne prévoit pas d'exception du fermier : la possibilité de produire la semence de ferme par les agriculteurs est

¹³⁸⁴ Plant Patent Act, ch 312, 46 Stat. 376 (1930). Cet acte concerne uniquement les plantes à multiplication végétative.

¹³⁸⁵ S. L. Anvar, *op. cit.*, point 177, p. 96 .

¹³⁸⁶ Plant Variety Protection Act, 7 U.S.C. §§ 2321-2582, accessible sur http://www.upov.int/upovlex/en/text.jsp?file_id=178134 (consulté le 1/02/2016).

¹³⁸⁷ Voir l'affaire J.E.M. Ag Supply, Inc. v. Pioneer Hi-Bred International, Inc., 534 U.S. 124 (2001).

¹³⁸⁸ La jurisprudence américaine a permis le développement d'une protection efficace en matière de biotechnologies.

¹³⁸⁹ 35 United State Code, par. 10.

¹³⁹⁰ Rapport CDIP/13/10 de l'OMPI, *op. cit.*

même considérée comme un acte de contrefaçon pour lequel des agriculteurs comparaissent devant la justice. En cas de double protection au moyen d'un COV et d'un brevet, le privilège du fermier ne peut donc pas s'appliquer.

c) **La protection des variétés végétales et des plantes dans l'Union européenne (Directive européenne 98/44/CE, Convention sur le brevet européen¹³⁹²)**

La Directive européenne 98/44/CE de 1998 vise à harmoniser les cadres juridiques nationaux des États membres de l'UE, qui ont dû transposer les dispositions de cette Directive dans leurs droits nationaux. La Convention sur le brevet européen (CBE), quant à elle, datant de 1973 et révisée en 1991 puis en 2000 afin d'être harmonisée avec les récents développements internationaux du droit des brevets (ADPIC, PLT), offre la possibilité d'une procédure unique de demande de brevet pour plusieurs États membres ou pour l'ensemble des États parties à la Convention.

En droit européen, un brevet sur une variété végétale¹³⁹³ n'est en principe pas admis en vertu de la Directive, comme de la Convention :

- article 4.1 de la Directive 98/44/CE : « Ne sont pas brevetables: a) les variétés végétales et les races animales; b) les procédés essentiellement biologiques pour l'obtention de végétaux ou d'animaux ».

- article 2 de la Directive 98/44/CE : « Un procédé d'obtention de végétaux ou d'animaux est essentiellement biologique s'il consiste intégralement en des phénomènes naturels tels que le croisement ou la sélection ».

- article 53 de la CBE : « Exceptions à la brevetabilité : Les brevets européens ne sont pas délivrés pour : (...) b) les variétés végétales ou les races animales ainsi que les procédés essentiellement biologiques d'obtention de végétaux ou d'animaux, cette disposition ne s'appliquant pas aux procédés microbiologiques et aux produits obtenus par ces procédés ».

¹³⁹¹ Sec. 113 : Right To Save Seed; Crop Exemption (as amended by Sec. 10 of Pub. L. 103-349, 108 Stat. 3142, Oct. 6, 1994 (7 U.S.C. 2543.); Sec. 114. Research Exemption: (7 U.S.C. 2544.). Le privilège du fermier a donné lieu à interprétations, notamment dans les affaires *Delta and Pine Land et Co. v. Peoples Gin Co.* et *Asgrow Seed Co. v. Kunkle Seed Co., Inc. et al.*

¹³⁹² La Directive a également été transcrite dans la Convention sur le brevet européen. Aujourd'hui, dans l'Union européenne, l'inventeur qui souhaite déposer un brevet peut soit le faire à l'Office européen des brevets (OEB) et préciser dans quels États il souhaite voir ses droits reconnus, soit solliciter les offices nationaux des brevets de chacun de ces États pour obtenir la protection de son invention. Un brevet unitaire européen devrait être prochainement d'application. En 2012, en effet, les États membres de l'Union européenne sont tombés d'accord sur la création 1) d'un brevet unitaire européen offrant une protection dans 25 États européens et 2) d'une cour européenne des brevets. Ce brevet sera lui aussi déposé à l'Office européen des brevets (OEB), conformément aux règles et aux procédures de la Convention sur le brevet européen (CBE). Il coexistera avec les autres brevets européens et nationaux. Deux Règlements relatifs à ce brevet unitaire ont été signés le 17 décembre 2012 et publiés au Journal officiel de l'U.E. L 361 du 31/12/12.

¹³⁹³ La notion de variété végétale utilisée dans le cadre de cette Directive (article 3 de la Directive 98/44) fait référence à la définition de la variété végétale exposée à l'article 5 du Règlement (CE) no 2100/94.

Mais cela ne signifie pas que les brevets sur les végétaux sont interdits :

- article 3.1 de la Directive 98/44/CE : « Aux fins de la présente directive, sont brevetables les inventions nouvelles, impliquant une activité inventive et susceptibles d'application industrielle¹³⁹⁴, même lorsqu'elles portent sur un produit composé de matière biologique ou en contenant, ou sur un procédé permettant de produire, de traiter ou d'utiliser de la matière biologique ».
- article 57 de la CBE : « Une invention est considérée comme susceptible d'application industrielle si son objet peut être fabriqué ou utilisé dans tout genre d'industrie, y compris l'agriculture ».
- article 4.2 de la Directive 98/44/CE : « Les inventions portant sur des végétaux ou des animaux sont brevetables si la faisabilité technique de l'invention n'est pas limitée à une variété végétale ou à une race animale déterminée »^{1395 1396}.
- article 4.3 de la Directive 98/44/CE : « Le paragraphe 1, point b), n'affecte pas la brevetabilité d'inventions ayant pour objet un procédé microbiologique, ou d'autres procédés techniques, ou un produit obtenu par ces procédés ».
- article 3.2 de la Directive 98/44/CE : « Une matière biologique isolée de son environnement naturel ou produite à l'aide d'un procédé technique peut être l'objet d'une invention, même lorsqu'elle préexistait à l'état naturel »¹³⁹⁷.
- article 8.1 de la Directive 98/44/CE : « La protection conférée par un brevet relatif à une matière biologique dotée, du fait de l'invention, de propriétés déterminées s'étend à toute matière biologique obtenue à partir de cette matière biologique par reproduction ou multiplication sous forme identique ou différenciée et dotée de ces mêmes propriétés (article 8.1)¹³⁹⁸.
- article 8.2 de la Directive 98/44/CE : « La protection conférée par un brevet relatif à un procédé permettant de produire une matière biologique dotée, du fait de l'invention, de propriétés déterminées s'étend à la matière biologique directement obtenue par ce procédé et à toute autre matière biologique obtenue, à partir de la matière biologique directement obtenue, par reproduction ou multiplication sous forme identique ou différenciée et dotée de ces mêmes propriétés »¹³⁹⁹.
- article 9 de la Directive 98/44/CE : « La protection conférée par un brevet à un produit contenant une information génétique ou consistant en une information génétique s'étend à toute matière, sous réserve de l'article 5, paragraphe 1, dans laquelle le produit est incorporé et dans laquelle l'information génétique est contenue et exerce sa fonction »^{1400 1401}.

¹³⁹⁴ Cf. article 52.1, CBE : « Les brevets européens sont délivrés pour toute invention dans tous les domaines technologiques, à condition qu'elle soit nouvelle, qu'elle implique une activité inventive et qu'elle soit susceptible d'application industrielle ».

¹³⁹⁵ Cette disposition permet de contourner l'interdiction de breveter des variétés végétales.

¹³⁹⁶ Le considérant 32 de la Directive prévoit l'exclusion de la brevetabilité d'une nouvelle variété végétale si l'invention porte uniquement sur une modification génétique d'une variété végétale : « considérant que, si l'invention se borne à modifier génétiquement une variété végétale déterminée et si une nouvelle variété végétale est obtenue, elle reste exclue de la brevetabilité, même lorsque cette modification génétique n'est pas le résultat d'un procédé essentiellement biologique mais d'un procédé biotechnologique ».

Les dispositions mentionnées ci-dessus donnent lieu à des subterfuges juridiques qui, au final, permettent d'octroyer des brevets excessivement larges, de contourner la distinction entre invention et découverte, de contourner l'exclusion de la brevetabilité des procédés essentiellement biologiques, ou encore l'interdiction de breveter les variétés végétales. Ces dispositions ont permis l'octroi de brevets sur des plantes¹⁴⁰² et autres innovations dans le domaine végétal (procédés d'obtention biotechnologiques et même « essentiellement biologiques » d'obtention de végétaux, gènes de plantes, y compris gènes natifs, parties de plantes (fleurs, fruits), etc.), ainsi que sur des variétés végétales.

¹³⁹⁷ Commentaire de J.-P. Berlan, ex-directeur de recherche à l'INRA : « La clause « même lorsqu'elle préexistait à l'état naturel ... » abolit la distinction fondatrice du droit de brevet entre invention et découverte et ruine l'alinéa 1 » : J-P Berlan, *La directive 98/44 au service des sciences de la mort* : http://kokopelli-seminces.fr/articles/jp_berlan (consulté le 1/02/2016). L'Office européen des brevets expose la question en ces termes : « Patents can only be granted for inventions that are new, involve an inventive step and are susceptible of industrial application. A specific legal definition of novelty has developed over the years, with "new" meaning "made available to the public". This means, for example, that a human gene, which existed before but was "hidden" from the public in the sense of having no recognised existence, can be patented when it is isolated from its environment or when it is produced by means of a technical process and as long as its industrial application is disclosed in the patent application. All other requirements of patentability must also be fulfilled (...) Discoveries (e.g. the mere discovery of natural substances, such as the sequence or partial sequence of a gene) are not patentable. However, if an inventor provides a description of the technical problem they are intended to solve and a technical teaching they move from being a discovery to being a patentable invention (Art. 52(2)(a) EPC) (...) For example, the directive affirmed that isolated biological material is patentable even if it has occurred previously in nature (Rule 27(a) EPC). It also confirmed that plants or animals are patentable if the technical feasibility of the invention (e.g. a genetic modification) is not confined to a particular plant or animal variety (Rule 27(b) EPC). Furthermore, an invention relating to gene sequences can be patented as long as the industrial application of the sequence is disclosed in the application and all other patentability criteria are fulfilled (Rule 29(3) EPC) » : site de l'OEB, <http://www.epo.org/news-issues/issues/biotechnology.html> (consulté le 1/02/2016). Même si les autorités s'y opposent à travers des déclarations officielles (tel le Ministère de l'agriculture français qui s'est positionné le 28 avril 2014 au Haut Conseil des Biotechnologies contre les brevets sur les caractères « natifs » des plantes, ou tel l'arrêt récent de la Cour suprême des États-Unis qui décrète que les gènes, en tant que produits de la nature, ne sont pas brevetables), le brevetage des gènes natifs de plantes est bien à l'ordre du jour. Comme le révèle le Monde, Jean Donnenwirth (directeur juridique du semencier Pioneer pour l'Europe) a appelé à ne pas affaiblir le niveau de protection apporté par le brevet aux innovateurs en ces termes : « Les gènes natifs vont constituer un axe majeur de recherche dans les années à venir face aux défis qui se posent à l'humanité en termes d'alimentation et d'agriculture, a-t-il déclaré. Les exclure du champ de la brevetabilité n'inciterait pas les grands acteurs du secteur privé à investir dans ce domaine » : G. van Kote, *Le brevetage de la nature en question*, 30/04/2014.

¹³⁹⁸ Commentaire de J.-P. Berlan : « Les pommes d'un pommier breveté par Monsanto appartiennent à Monsanto qui est, selon le même principe, propriétaire ad vitam aeternam des plantes brevetées qui repoussent spontanément dans le champ du paysan, ou dans le champ d'un voisin. Elle fait de tout paysan pollué par un clone transgénique de Monsanto ou de ses concurrents/alliés un pirate » : J-P Berlan, *op. cit.*

¹³⁹⁹ L'article 64(2) de la Convention sur le brevet européen stipule également que « si l'objet du brevet européen porte sur un procédé, les droits conférés par le brevet s'étendent aux produits obtenus directement par ce procédé ». Comme le souligne M. Braham, *op. cit.*, l'application de cette disposition est susceptible de contourner l'exclusion des variétés végétales.

¹⁴⁰⁰ Commentaire de J.-P. Berlan : « un clone - les copies ("homogènes et stables" comme la loi le requiert) d'un modèle de plante déposé auprès des instances officielles - extrait d'une variété paysanne contenant plusieurs dizaines de milliers de gènes est brevetable s'il inclut un seul transgène » : J-P Berlan, *op. cit.*

L'OEB a déjà accordé des centaines de brevets sur des plantes et des animaux génétiquement modifiés¹⁴⁰³. Les brevets sur les obtentions conventionnelles (résultant de la sélection) ne sont pas autorisés en vertu de la Convention sur les brevets européens et de la Directive 98/44/CE (cf. supra). Pourtant, de nombreuses demandes ont été faites à l'OEB ces dernières années concernant des végétaux obtenus de façon conventionnelle ou via de nouvelles techniques telles que la sélection assistée par marqueurs.

Selon la coalition internationale No Patent on Seeds¹⁴⁰⁴, de tels brevets sont bel et bien délivrés par l'Office européen des brevets (OEB). Cette coalition a publié un rapport¹⁴⁰⁵ sur les brevets portant sur les sélections conventionnelles de plantes (et d'animaux) accordés par l'OEB ou déposés auprès de l'OEB. Des brevets de ce type ont été accordés depuis plus de dix ans, notamment à des sociétés comme Monsanto, DuPont, Bayer et Syngenta, sur, par exemple, des tomates (brevets européens 1211926¹⁴⁰⁶ et 1812575¹⁴⁰⁷), des brocolis (brevets européens 1069819¹⁴⁰⁸ et 1597965¹⁴⁰⁹), des melons (brevet européen 1962578)¹⁴¹⁰, des salades¹⁴¹¹, des pastèques (brevets européens 1487256¹⁴¹² et 1816908¹⁴¹³), des poivrons¹⁴¹⁴, etc.

Des oppositions ont été formées contre plusieurs de ces brevets. Elles proviennent soit de la société civile (organisations diverses), soit d'autres entreprises ayant divers intérêts¹⁴¹⁵ à contester ces brevets. Ces oppositions ont parfois eu pour effet de faire révoquer certains de ces brevets. Elles font pression sur l'OEB pour une clarification de cette question.

Ainsi, en 2010, la Grande Chambre de Recours de l'OEB a indiqué¹⁴¹⁶ que l'obtention de plantes nouvelles par le mélange naturel des gènes issu d'une reproduction sexuée, c'est-à-dire par la sélection conventionnelle, ne rendait pas la plante brevetable, même si des gestes techniques sont effectués pour faciliter la sélection (comme l'utilisation de marqueurs génétiques moléculaires). Ces décisions excluent donc les procédés d'obtention conventionnels de la

¹⁴⁰¹ Comme l'explique M. Braham, *op. cit.*: « Les revendications dites larges ou fonctionnelles ne portent pas en fait sur des variétés végétales prises individuellement, elles se placent à un niveau supérieur dans la classification taxonomique et tentent de détourner l'exclusion légale de l'article 53b ».

¹⁴⁰² Pour des exemples de brevets sur des plantes et des animaux (OGM ou issus de la sélection), voir l'article *Patent Cases* sur le site de la coalition No Patent on Seeds : <https://no-patents-on-seeds.org/en/information/patent-cases> (consulté le 7/03/2016).

¹⁴⁰³ En 2007, la coalition No Patent on Seeds avait entrepris des statistiques sur la question : voir No Patent on Seeds, *Statistics. Patents on plants at the EPO*, mars 2007 : http://www.alt.no-patents-on-seeds.org/index.php?option=com_content&task=view&id=40&Itemid=42 (consulté le 7/03/2016).

¹⁴⁰⁴ Créée par Greenpeace et Swissaid, la coalition No Patents on Seeds (www.no-patents-on-seeds.org) est constituée par les organisations suivantes : la Déclaration de Berne (Suisse), GeneWatch (Royaume-Uni), Greenpeace (Allemagne), Misereor (Allemagne), Development Fund (Norvège), No Patents on Life (Allemagne), Réseau Semences Paysannes (France) and Swissaid (Suisse). Ces organisations appellent à « une révision du droit européen des brevets pour exclure de la brevetabilité le matériel de sélection, les plantes, les animaux et les produits qui en découlent ». La coalition est soutenue par plusieurs dizaines d'autres organisations. Elle effectue une veille sur l'octroi des brevets sur les semences et dépose régulièrement des recours contre des brevets accordés par l'OEB.

¹⁴⁰⁵ C. Then, R. Tippe (No Patent on Seeds), *EPO at crossroads. Reports: Patents and Plants and Animals granted in 2011*, mars 2012.

brevetabilité. Néanmoins, par la suite, dans le cadre de ces mêmes affaires, la Grande Chambre de Recours a été de nouveau saisie afin de clarifier la question de savoir si les produits issus de ces procédés non brevetables (c'est-à-dire les plantes ou les fruits) devaient être eux aussi exclus de la brevetabilité¹⁴¹⁷. Ceux-ci ont été reconnus brevetables en 2014¹⁴¹⁸.

Comme le remarque un commentateur : « On peut s'interroger sur le fait qu'une décision d'une telle importance soit confiée à un tribunal totalement indépendant de toute instance politique démocratique (État, Union européenne...) et dont le fonctionnement et le financement ne sont issus que des droits payés par les propriétaires de brevets, c'est-à-dire par l'industrie et le

¹⁴⁰⁶ Le brevet EP1211926 sur la « tomate ridée » (qui contient moins d'eau et est destinée à être séchée) a été délivré en 2003 avec la revendication suivante : « Procédé pour sélectionner des plants de tomate qui produisent des tomates avec une teneur réduite en eau de végétation et produit obtenu au moyen de ce procédé » (voir le brevet à la page suivante : <https://register.epo.org/application?number=EP00940724>). Ce brevet a opposé Unilever au ministère israélien de l'agriculture, détenteur du brevet. Selon la division d'opposition, l'invention était exclue de la brevetabilité puisqu'en vertu de la Convention sur le brevet européen (CBE) : « Les brevets européens ne sont pas délivrés pour : [...] les procédés essentiellement biologiques d'obtention de végétaux ou d'animaux ». La question s'est donc posée de savoir s'il s'agissait bien, dans ce cas, d'un procédé *essentiellement* biologique, étant donné qu'un acte technique était nécessaire. En 2008, cette question fut posée à la Grande Chambre de recours de l'OEB (saisine G1/08) qui fut par ailleurs saisie de questions similaires dans le cadre du brevet « brocoli » (saisine G2/07, cf. infra). Dans sa décision G1/08 du 9 décembre 2010 (JO OEB 2012, 206), la Grande Chambre de recours de l'OEB a interprété le terme *procédé essentiellement biologique* de la façon suivante : « 1. Un procédé non microbiologique pour la production de plantes qui comprend (ou consiste en) des étapes de croisement sexué de la totalité du génome de plantes puis de sélection de plantes est en principe exclu de la brevetabilité comme étant "essentiellement biologique" au sens de l'Art 53 b) CBE. 2. Un tel procédé n'échappe pas à l'exclusion de l'Art 53 b) CBE simplement parce qu'il comprend, en tant qu'étape ultérieure ou en tant que partie de n'importe quelle étape de croisement sexué ou de sélection, une étape de nature technique qui sert à permettre ou assister les étapes de croisement sexué de la totalité du génome de plantes ou de sélection ultérieure. 3. En revanche, si un tel procédé comprend, au sein des étapes de croisement sexué et de sélection une étape additionnelle de nature technique qui en elle-même introduit ou modifie un caractère dans le génome de la plante produite, de sorte que l'introduction ou la modification de ce caractère n'est pas le résultat du mélange des gènes choisis pour le croisement sexué, alors le procédé n'est pas exclu de la brevetabilité par l'Art 53 b) CBE ». Suite à cette décision, la revendication du brevet a été modifiée pour porter uniquement sur la tomate déshydratée en elle-même, plutôt que sur sa méthode de production. La question suivante s'est donc posée : breveter le produit obtenu reviendrait en pratique à interdire aux tiers de mettre en œuvre un procédé pourtant exclu de la brevetabilité. De nouvelles questions ont donc été posées à la Grande Chambre de recours de l'OEB. Ces questions peuvent être résumées de la façon suivante : l'exclusion des procédés essentiellement biologiques de production de végétaux de l'Art 53 b) CBE peut-elle avoir un impact négatif sur une revendication de produit portant sur des végétaux ou du matériel végétal tel qu'un fruit ? En 2012, la Grande Chambre a donc été saisie une deuxième fois dans le cadre de ce brevet (affaire G2/12). Les questions sont très proches de celles posées dans la deuxième saisine du brevet portant sur le brocoli (affaire G2/13 : cf. infra). Sources : divers articles sur <http://europeanpatentcaselaw.blogspot.be/> et Décision de la Chambre de recours technique 3.3.04, en date du 8 juillet 2013 - T 83/05 : http://www.epo.org/law-practice/legal-texts/official-journal/2014/03/a39_fr.html (pages consultées le 5/2/2016).

¹⁴⁰⁷ Ce brevet, accordé par l'OEB en 2007, est détenu par Monsanto (Ruiter Seeds). Il porte sur des tomates résistantes à un champignon (le *Botrytis cinerea*) (voir le brevet à la page suivante : <https://register.epo.org/application?number=EP05797992>, consultée le 5/2/2016). D'après la coalition No Patent on Seeds, la formulation de la demande de brevet donne à croire que ces tomates sont issues du génie génétique, mais il s'agit de tomates issues de la sélection conventionnelle. Leur résistance leur vient de tomates en provenance de la banque internationale de gènes de Gatersleben en Allemagne (alors que le matériel génétique des banques internationales devrait, en principe, être exclu de la brevetabilité), tomates

monde économique. Certes ce « tribunal économique de l'industrie » n'écrit pas les lois (...), mais il décide seul de la jurisprudence, ce qui semble totalement contraire aux règles affichées de la démocratie »¹⁴¹⁹.

En 2012, le Parlement européen avait d'ailleurs prononcé une Résolution sur le brevetage des procédés essentiellement biologiques¹⁴²⁰. Dans cette Résolution, il invitait la Commission à faire un rapport sur cette question¹⁴²¹, après avoir examiné les décisions G2/07 et G1/08 de la Grande chambre de recours de l'OEB. Il invitait l'OEB « à exclure également de la brevetabilité les produits dérivés de l'obtention classique et toutes les techniques classiques d'obtention, y compris la reproduction faisant appel à des marqueurs et à des procédés de reproduction avancés et le matériel génétique utilisé pour l'obtention classique ». Il invitait enfin la Commission et les

dont ce caractère de résistance était déjà connu et qui auraient été simplement croisées avec d'autres plants pour produire la tomate de Monsanto. Un recours a été déposé fin mai 2014 par la coalition.

¹⁴⁰⁸ Il s'agit du brevet européen n° 1 069 819, intitulé « Procédé par sélection d'accroissement des glucosinolates anticarcinogènes de la brassica » (...) Il contenait des revendications de procédé relatives à des procédés d'obtention de *Brassica oleracea* ayant des teneurs élevées en certains glucosinolates, ainsi que des revendications de produit ayant pour objet certaines plantes du genre *Brassica* et certaines plantes brocoli, ainsi que des parties de ces plantes (portion comestible, semences, inflorescence, cellule de plante) » : site de l'Office européen des brevets, http://www.epo.org/law-practice/legal-texts/official-journal/2014/03/a39_fr.html (voir le brevet à la page suivante : <https://register.epo.org/application?number=EP99915886>). Ce brevet a été accordé à la société Plant Bioscience Limited en 2002, puis contesté par les sociétés Limagrain et Syngenta au motif qu'il s'agirait d'un procédé essentiellement biologique et donc non brevetable en vertu de la CBE.

¹⁴⁰⁹ Il s'agit d'un brevet sur un « type de brocoli adapté pour la facilité de la moisson », issu, selon la coalition No Patent on Seeds, de la sélection conventionnelle, accordé en juin 2013, après 8 ans de procédure (voir le brevet à la page suivante : <https://register.epo.org/application?number=EP05103316>), à la société américaine Seminis, filiale de Monsanto, et faisant l'objet, en mars 2014, d'une opposition par Syngenta et par une large coalition d'organismes (voir le texte de l'opposition de cette coalition organisée par No Patent on Seeds à la page suivante : <http://www.no-patents-on-seeds.org/en/information/news/opposition-patent-ep-1-597-965>) (pages consultées le 5/2/2016).

¹⁴¹⁰ Il s'agit d'un brevet accordé en 2011 à Monsanto (voir le brevet à la page suivante : <https://register.epo.org/application?number=EP06835672>), faisant l'objet d'une opposition par Bayer et la coalition No Patent on Seeds.

¹⁴¹¹ « L'entreprise hollandaise Rijk Zwaan a obtenu un brevet sur des salades résistant à un puceron, issues d'un processus essentiellement biologique. De source officielle, 90 % des variétés de laitue commercialisées sont concernées par ce gène de résistance, issu d'une variété naturelle de laitue. La société hollandaise a demandé, au nom de son brevet, des redevances aux sélectionneurs de semences potagères. L'entreprise Gautier Semences, ne pouvant financer un procès pour faire invalider le brevet, a donc dû payer des redevances à Rijk Zwaan pour continuer à exploiter sa variété. Ainsi, une PME semencière européenne ayant protégé une variété par COV peut se voir poursuivie par une entreprise ayant déposé un brevet sur un gène naturellement présent dans cette variété » : G. Ducos, J-L Pujol, A. Teillant, *op. cit.*

¹⁴¹² Il s'agit d'un brevet accordé en 2004 à Syngenta sur des pastèques sans pépins (« Enhanced pollenizer and method for increasing seedless watermelon yield »). Après un rejet par la division d'examen au motif que la demande portait sur un procédé essentiellement biologique d'obtention de végétaux, la Chambre a conclu en septembre 2014 qu'il n'y avait pas lieu d'exclure l'invention de la brevetabilité. L'examen est en cours (voir le brevet à la page suivante : <https://register.epo.org/application?number=EP03744126>). Source : décision de la chambre de recours technique de l'OEB dans l'affaire des pastèques sans pépins de Syngenta (Décision T1729/06) : <http://www.epo.org/law-practice/case-law-appeals/recent/t061729eu1.html> (pages consultées le 5/2/2016).

États membres « à veiller à ce que l'Union continue à appliquer, dans sa législation en matière de brevets sur l'obtention de végétaux et d'animaux, une exemption générale en faveur des obtenteurs »¹⁴²². Toutefois, ce dernier point donne à penser que la motivation première de cette Résolution du Parlement européen résidait dans la volonté de limiter l'étendue du brevet au profit du COV (vu le contexte lié aux entreprises semencières en Europe) plutôt que dans celle de lutter contre l'appropriation du vivant¹⁴²³ ou pour la défense des droits des agriculteurs¹⁴²⁴.

¹⁴¹³ En février 2014, un brevet européen (EP 1816908) sur des pastèques à ramifications multiples et sur leur procédé de production (voir le brevet à la page suivante : <https://register.epo.org/application?number=EP05849952>), obtenues, selon No Patent on Seeds, par croisement et sélection, a été accordé à l'entreprise H. M. Clause, qui appartient au groupe français Limagrain (page consultée le 5/2/2016).

¹⁴¹⁴ En mai 2013, l'OEB a accordé à Syngenta un brevet sur des poivrons présentant un gène de résistance à la mouche blanche (brevet accessible à la page suivante : <https://register.epo.org/application?number=EP08749952>). D'après le Réseau Semences paysannes, ce gène aurait été découvert par le semencier suisse Syngenta dans une variété jamaïcaine sauvage de poivron non comestible qui aurait été croisée avec une variété commerciale. D'après les revendications de la demande (« plantes résistants aux insectes »), toutes les plantes comportant cette résistance sont couvertes par ce brevet. En février 2014, 34 organisations européennes ont déposé un recours contre ce brevet auprès de l'Office européen des brevets : *Summary of the opposition against the Syngenta-Patent EP 2 140 023 – Insect Resistant Plant*, accessible à la page suivante : http://www.ladb.ch/fileadmin/files/documents/Saatgut/Summary_Opposition_Pepper_Patent.pdf. D'après le Réseau Semences paysannes, jamais auparavant une coalition aussi vaste d'un point de vue géographique et aussi diversifiée au niveau des compétences n'avait engagé un recours juridique formel contre la privatisation des ressources naturelles (pages consultées le 5/2/2016).

¹⁴¹⁵ D'après le Réseau Semences paysannes, « Si les semenciers s'affrontent sur ce terrain c'est pour construire une jurisprudence en leur faveur. Ainsi, il y a une confrontation entre d'une part les firmes de biotechnologies qui déposent des brevets et d'autre part, les entreprises de sélections de variétés comme Limagrain/Vilmorin qui ne dépose lui-même en Europe que des demandes de COV et de brevets sur des technologies de modification génétique et non sur des gènes natifs. Limagrain s'attaque ici aux entreprises biotech qui menacent ses propres variétés en déposant des brevets protégeant les gènes qu'elles sont déjà susceptibles de contenir. Syngenta cherche avant tout à se faire une place sur le marché des biotechnologies végétales en affaiblissant le monopole grandissant de multinationales comme Monsanto, propriétaires des plus gros portefeuilles de brevets sur les gènes et les techniques d'identification génétique des semences » : A-C Moÿ, G. Kastler, *Brevet sur le brocoli : le brocoli va-t-il changer le cours de l'histoire ?*, veille juridique du Réseau semences paysannes, octobre 2010.

¹⁴¹⁶ Décision G 2/07 (tomate ridée), accessible à la page suivante : http://archive.epo.org/epo/pubs/oj012/03_12/03_1302.pdf et Décision G 1/08 (brocoli), accessible à la page suivante : [http://documents.epo.org/projects/babylon/eponet.nsf/0/E72204692CFE1DC3C12577F4004BEA42/\\$File/G1_08_en.pdf](http://documents.epo.org/projects/babylon/eponet.nsf/0/E72204692CFE1DC3C12577F4004BEA42/$File/G1_08_en.pdf).

¹⁴¹⁷ Affaires G 2/12 (tomate ridée 2) et G 2/13 (brocoli 2).

¹⁴¹⁸ « Dans ces affaires brocoli 2 et tomate 2, la Grande Chambre avait été saisie de question très proches, relatives à l'exclusion des procédés essentiellement biologiques d'obtention de végétaux de l'Art 53b) CBE. Dans les deux cas, la Titulaire tente de contourner cette exclusion en revendiquant non plus le procédé, mais le produit obtenu, respectivement un brocoli ou une efflorescence de brocoli ayant des taux élevés de glucosinolates et une tomate déshydratée, qui sont obtenus par un procédé essentiellement biologique, impliquant des étapes de croisement et de sélection. Les décisions de saisine se demandaient par conséquent

Fin 2012, un groupe d'experts a également été lancé par la Commission européenne pour étudier la possibilité d'une restriction de la protection juridique par brevet dans le domaine du vivant¹⁴²⁵.

En 2013, l'Office Européen des Brevets avait annoncé qu'il suspendait la délivrance des brevets sur les sélections conventionnelles en attendant les décisions juridiques définitives concernant les deux affaires précédemment citées¹⁴²⁶. Néanmoins, de l'avis de plusieurs organisations de défense des semences, cet arrêt ne semble avoir été qu'une accalmie passagère : d'autres brevets sur des plantes issues de la sélection conventionnelle ayant été délivrés depuis lors¹⁴²⁷.

si l'exclusion des procédés essentiellement biologiques a un impact sur des revendications de produit ou de produit-par-procédé. La Grande Chambre répond négativement, en faveur de la brevetabilité de telles inventions de produit (à condition évidemment qu'elles n'aient pas pour objet une variété végétale). (...) Certains pays souhaitant que les plantes obtenues par des procédés essentiellement biologiques soient exclues de la brevetabilité (DE, NL) ont choisi de modifier leur législation à cet effet » : Blog du droit européen des brevets, *G2/12 et G2/13 : un produit obtenu par un procédé essentiellement biologique est brevetable*, 30 mars 2015, <http://europeanpatentcaselaw.blogspot.be/2015/03/g212-et-g213-un-produit-obtenu-par-un.html> (consulté le 5/2/2016).

¹⁴¹⁹ A-C Moÿ, G. Kastler, *op. cit.*

¹⁴²⁰ Résolution du Parlement européen du 10 mai 2012 sur le brevetage des procédés essentiellement biologiques (2012/2623(RSP) : <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=TA&reference=P7-TA-2012-0202&language=FR&ring=B7-2012-0228> (consulté le 5/2/2016).

¹⁴²¹ « Considérant que, conformément à l'article 16, point c), de la directive 98/44/CE, il est imposé à la Commission de présenter tous les ans un rapport sur l'évolution et les implications du droit des brevets dans le domaine de la biotechnologie et du génie génétique; considérant que la Commission n'a pas publié de rapports de ce type depuis 2005 » : Résolution du Parlement européen, *op. cit.*

¹⁴²² Résolution du Parlement européen, *op. cit.*

¹⁴²³ La Résolution déclare en effet que « les droits de propriété intellectuelle sont essentiels pour favoriser la création de nouvelles variétés [...], qu'ils constituent une condition [...] à la stimulation de la croissance [...] pour aider à faire face à la crise économique et à la concurrence mondiale » : Résolution du Parlement européen, *op. cit.*. « Dans le même ordre d'idée, insiste l'association Inf'OGM, la proposition d'accord intitulée ACTA, relative à la lutte internationale contre la contrefaçon, donnera, si elle est adoptée, la possibilité aux États de mettre en œuvre des moyens concrets pour aider les détenteurs de droits à récupérer leurs royalties. L'évolution générale du cadre est donc avant tout une réponse aux enjeux économiques soutenus par les firmes de brevets contre celles des COV, dont le brevet unitaire européen n'est qu'un pan » : A-C Moÿ, P. Verriere (Inf'OGM), *Brevet unitaire européen : quels impacts sur les semences ?*, août 2012.

¹⁴²⁴ Inf'OGM, *Ibidem*.

¹⁴²⁵ Décision de la Commission C(2012) 7686 final du 7/11/2012 : http://ec.europa.eu/internal_market/indprop/docs/invent/dec_121107_biotechinventexpertgroup_fr.pdf (consulté le 5/2/2016).

¹⁴²⁶ *Communiqué de l'Office européen des brevets en date du 10 septembre 2013 relatif à la suspension de procédures en raison des saisines G 2/12 et G 2/13*, in *Official Journal EPO*, 10/2013, p. 449 : http://archive.epo.org/epo/pubs/oj013/10_13/10_4493.pdf (consulté le 5/2/2016).

¹⁴²⁷ L'association Inf'OGM remarque, dès mai 2013, que « la décision de la Chambre de recours technique n'est pas encore tombée, mais l'EOB change de stratégie : après avoir marqué un temps d'arrêt dans l'attribution de brevets sur des plantes issues de sélection conventionnelle, il annonce une douzaine de brevets de ce type

En France, en 2014, le Haut conseil des biotechnologies (HCB)¹⁴²⁸, le Sénat¹⁴²⁹ et le Ministre de l'agriculture¹⁴³⁰ se sont prononcés contre les brevets de ce type. Dans ce contexte, le Sénat a adopté, le 17 janvier 2014, une Résolution européenne non contraignante sur la mise sur le marché et la brevetabilité des semences et obtentions végétales.

Comme le soulignent de nombreuses organisations de défense des semences, une décision politique pour arrêter l'octroi de ce type de brevet pourrait être prise par le Conseil d'Administration de l'OEB qui est composé des représentants des différents gouvernements européens. Le débat dure depuis plus d'une quinzaine d'années, ce qui peut être interprété comme un signe que cette volonté politique est faible, et cela malgré le conflit qui oppose les entreprises semencières européennes favorables au DOV et les entreprises multinationales de biotechnologie favorables aux brevets.

Aux États-Unis, pourtant, en 2013, un arrêt de la Cour suprême américaine du 06/06/2013 a décrété que les gènes « naturels » ne peuvent pas être brevetés¹⁴³¹. Néanmoins, cet arrêt n'était pas motivé par la brevetabilité des plantes et ses implications ne sont pas encore claires¹⁴³². Il semblerait que la France se dirige également vers une interdiction du brevetage des gènes natifs, de même que vers une interdiction de brevetage des fruits et légumes et de leurs composants génétiques issus de procédés biologiques¹⁴³³.

Pour en revenir à notre question de départ : la Directive 98/44/CE prévoit expressément le privilège de l'agriculteur¹⁴³⁴. Comme dans le cadre du régime européen de protection des obtentions végétales (cf. supra)¹⁴³⁵, le privilège de l'agriculteur ne s'applique qu'à une vingtaine d'espèces, contre rémunération équitable. Comme le résume le Haut Conseil des Biotechnologies : « En droit français et européen, l'exception des semences de ferme est affirmée pour ce qui concerne tant le COV que le brevet. Que la semence tombe sous le coup d'un COV ou d'un brevet, l'agriculteur peut donc, pour 21 espèces et moyennant le paiement d'une rémunération¹⁴³⁶ à l'obteneur (dont sont exemptés les petits agriculteurs), reproduire sur son exploitation le matériel de reproduction protégé, ce qui le dispense de racheter chaque année des semences de ces variétés protégées »¹⁴³⁷. Pour les autres variétés, cependant, le privilège de l'agriculteur n'est pas autorisé.

sur des brocoli, oignon, melon, laitue, piment, concombre » : A-C Moÿ (Inf'OGM), *Printemps de l'OEB : une floraison de nouveaux brevets*, mai 2013.

¹⁴²⁸ HCB, *Biotechnologies végétales et propriété industrielle*, 2 juin 2013.

¹⁴²⁹ Sénat, *Résolution européenne sur la mise sur le marché et la brevetabilité des semences et obtentions végétales* (E 8314), 16/1/2014 : <http://www.senat.fr/leg/tas13-063.html> (consulté le 5/2/2016).

¹⁴³⁰ Voir G. van Kote, *op.cit.*

¹⁴³¹ Pour une information générale sur cet arrêt, voir M. Cassier, *La Cour suprême libère les gènes*, in *Le Monde.fr*, 3/7/2013 ; pour une analyse juridique de cet arrêt, voir F. Faivre Petit (cabinet Regimbeau), *La Cour Suprême des Etats-Unis revient sur plus de 30 ans de pratique : l'ADN isolé n'est à présent plus brevetable*, 26 juin 2013; pour une analyse du contexte préexistant à cet arrêt, voir OMPI, *Les tribunaux américains aux prises avec la question des objets susceptibles de protection par brevet*, juin 2012.

Selon certaines analyses, le couplage désormais possible, et même de plus en plus courant, entre le certificat d'obtention végétale et le brevet¹⁴³⁸ susciterait pourtant des préoccupations par rapport aux semences de ferme et aux semences paysannes.

Comme l'explique F. Thomas, selon la directive 98/44/CE, une variété végétale protégée par un COV, mais contenant un gène breveté se retrouve de fait incluse dans les revendications du brevet. Dès lors, comment accéder à cette variété à des fins de recherche ou de sélection ? Un nouvel accord qui devrait entrer en vigueur prochainement en Europe stipule, en son article 27,

¹⁴³² « La Cour suprême des États-Unis a décidé par un arrêt rendu le 13 juin 2013 dans l'affaire Association for Molecular Pathology et AL.v. Myriad Genetics (...) qu'un brevet ne pouvait revendiquer de séquences génétiques d'origine humaine en l'espèce, au motif que les séquences d'acides nucléiques isolées sont des « produits de la nature » et en ce sens exclus de la brevetabilité au sens de l'article 101 de la loi sur les brevets (35 USC 101). Elle affirme que l'ADN isolé est un produit de la nature qui ne devient pas brevetable par le seul fait d'être isolé, le fait d'identifier et de séparer un gène de son environnement génétique ne constituant pas une invention. La Cour suprême des États-Unis revient ainsi sur plus de trente années de pratique en matière de protection des inventions biotechnologiques concernant ou impliquant des gènes, dont la voie avait été ouverte par la même Cour, en 1980, dans l'affaire Chakrabarty (Diamond v. Chakrabarty, 447 U. S. 303, 1980) relative à une demande de brevet sur une bactérie génétiquement modifiée. En revanche, elle confirme qu'une molécule d'ADNc, l'ADN complémentaire est en principe un objet brevetable, car elle n'existe pas naturellement. (...) La décision Myriad genetics a généré une réaction immédiate de l'United States Patent and Trademark Office (USPTO qui a émis un Mémoire à destination des examinateurs américains puisque désormais ceux-ci devront rejeter toute revendication de produit concernant une séquence d'acides nucléiques naturels ou des fragments de celle-ci, pour défaut d'utilité en vertu des textes précités. Ces décisions ont eu un impact fort à l'égard de l'industrie des biotechnologies aux États-Unis. On peut se demander si la jurisprudence américaine peut avoir des conséquences sur la pratique de délivrance des brevets en Europe dans le secteur des biotechnologies? Il apparaît que la solution américaine s'explique en droit américain en raison de la référence faite aux « produits de la nature ». Il en va différemment en droit européen. (...) La directive du 6 juillet 1998 confirmait que la matière biologique était brevetable même si elle était d'origine humaine, et elle reprenait tout comme la pratique développée par l'Office européen des brevets, la conception chimique du gène. Le droit des brevets étant reconnu apte à appréhender le vivant dès lors que les conditions classiques de la brevetabilité sont respectées (invention, nouveauté, activité inventive, application industrielle). (...) En droit européen, l'article 5.2 de la directive n° 98/44/CE du 6 juillet 1998 relative à la protection juridique des inventions biotechnologiques permet la brevetabilité des séquences totales ou partielles de gènes humains dès lors qu'elles sont isolées du corps humain ou obtenues par un procédé technique, comme dans l'invention citée dans l'affaire (Cour suprême des États-Unis, 13 juin 2013, Association for Molecular Pathology et al. v. Myriad Genetics), « même si la structure de cet élément est identique à celle d'un élément naturel », ce qui est contraire à l'argumentation de la Cour suprême. Il s'ensuit que la solution adoptée aux États-Unis ne peut être valable en Europe » : E. Blary-Clément, E. Brosset, H. Gaumont-Prat, *La brevetabilité du vivant en question : la remise en cause aux États-Unis de la brevetabilité de l'ADN isolé : analyse et comparaison avec la législation européenne*, in *Biotechnologies, Cahiers Droit, Sciences & Technologies*, 4 | 2014, p. 201-212. Par ailleurs, F. Thomas et V. Boisvert, *op. cit.*, p. 171, montrent que, même aux États-Unis, cette décision ne règle pas entièrement la question, car si les gènes natifs ne peuvent être brevetés, les c-DNA le peuvent, or ils sont inclus dans la plupart des revendications de brevets de gènes ; par ailleurs, cette décision concerne une situation un peu dépassée car l'approche gène par gène serait marginalisée ; enfin, le coût élevé des oppositions fait que même si des brevets ne sont pas valides, beaucoup ne seront pas invalidés.

¹⁴³³ Réseau Semences paysannes, *Revue de presse*, 4/2/2016 et 3/2/2016 : http://www.semencespaysannes.org/revue_de_presse_503.php (consulté le 6/2/2016).

¹⁴³⁴ Article 11 de la Directive 98/44/.

¹⁴³⁵ Article 14 du Règlement 2100/94/CE.

que « les droits conférés par un brevet ne s'étendent pas (...) à l'utilisation de matériel biologique en vue de créer ou de découvrir et de développer d'autres variétés végétales »¹⁴³⁹, étant entendu que l'exploitation commerciale d'une innovation brevetée doit, elle, faire l'objet d'un accord de licence. Ainsi, le droit des brevets européen reconnaît l'exemption de recherche et de sélection, comme il reconnaît le privilège des agriculteurs.

Néanmoins, souligne Guy Kastler, « dans le cas des transgènes soumis à une obligation d'information lors de toute dissémination, l'obteneur sait que la ressource phytogénétique qu'il utilise est protégée par un brevet. Mais en cas d'utilisation d'autres procédés brevetables que la transgénèse (mutagénèse incitée, par exemple), aucune information sur ce procédé, ni sur le brevet qui le protège, n'est exigée pour les échanges ou la mise sur le marché des ressources phytogénétiques ou des semences commerciales concernées. A moins de surveiller en permanence la totalité des brevets et d'analyser l'intégralité des caractéristiques moléculaires et génétiques des ressources qu'il utilise, l'obteneur court un gros risque : ne découvrir l'existence d'un brevet concurrent l'obligeant à payer des droits de licence pour pouvoir commercialiser les semences de la variété qu'il a sélectionnée qu'au moment de sa mise sur le marché »¹⁴⁴⁰.

Par ailleurs, dans les pays où le privilège du fermier n'existe pas, en cas de double protection, les marqueurs moléculaires ou génétiques pourraient permettre une identification fiable en cas de présomption de contrefaçon dans une semence de ferme : « Le brevet permet d'introduire un outil technique d'identification efficace d'une éventuelle présomption de contrefaçon dans la semence de ferme. Grâce aux marqueurs moléculaires ou génétiques, un obteneur est alors en mesure de récupérer ses royalties sur les semences de ferme issues de la variété qu'il a protégée par un certificat d'obtention végétale en s'appuyant sur le gène breveté inséré dans cette variété, ce qu'il ne pouvait pas faire jusqu'à présent, faute d'outil technique ou juridique suffisamment efficace »¹⁴⁴¹.

¹⁴³⁶ Le Haut conseil des biotechnologies, serait favorable à l'évolution suivante : « Les agriculteurs qui ne cherchent pas à reproduire la semence à l'identique (sélection conservatrice), mais à l'employer comme départ de sélection, en champ, de variétés populations, devraient pouvoir le faire sans acquitter de rémunération (le réensemencement se faisant alors au titre de l'exception de sélection). Puisque c'est à celui qui invoque un droit de le prouver, ce devrait être au titulaire du droit de propriété intellectuelle d'établir qu'il y a sélection conservatrice (par exemple en montrant que l'agriculteur dispose d'une parcelle de multiplication de semences séparée de ses parcelles de culture agricole et/ou qu'il utilise la dénomination variétale) » : Le Haut conseil des biotechnologies, *op. cit.*

¹⁴³⁷ *Ibidem.*

¹⁴³⁸ Par exemple, une même variété est protégée par un COV pour un institut public et par un brevet pour une entreprise privée ; les deux s'entendent ensuite contractuellement pour se partager les redevances.

¹⁴³⁹ Accord relatif à une juridiction unifiée du brevet du 19/02/2013, cité par F. Thomas, V. Boisvert, *op. cit.*, p 69.

¹⁴⁴⁰ A-C Moÿ, G. Kastler (Info'OGM), *Brevets et DOV : quelles interactions et conséquences ?*, janvier 2011

¹⁴⁴¹ P. Reis, *op. cit.*

De même, en cas de contamination par un gène breveté d'une variété paysanne non protégée, le propriétaire du brevet pourrait même revendiquer des royalties sur la récolte du paysan et s'opposer aux échanges informels de semences entre agriculteurs¹⁴⁴². Ce cas de figure paraît hypothétique, à l'heure actuelle, dans nos régions, mais dans celles où les variétés OGM protégées par brevet sont répandues, il ne l'est plus. La généralisation de ces cultures constitue dès lors une menace pour la pratique des semences paysannes.

Au Brésil, un juge a statué en faveur du privilège du fermier, même en cas de variété faisant l'objet d'un brevet¹⁴⁴³. Mais ce n'est pas le cas dans d'autres pays émergents où, de plus en plus, le privilège de l'agriculteur est soit limité à son exploitation, parfois à son district, soit interdit (y compris l'échange des semences), alors que les semences paysannes y représentent encore parfois la majorité des semences utilisées par les agriculteurs et que, souvent, le secteur public ne parvient pas à fournir plus qu'un faible pourcentage de la demande de semences¹⁴⁴⁴.

d) Conclusion concernant les brevets

Tout comme l'UPOV, l'OMC et l'OMPI travaillent à l'harmonisation internationale et au renforcement du droit de la propriété intellectuelle. Au niveau des offices des brevets et des cours, des subterfuges juridiques permettent d'octroyer des brevets excessivement larges, de contourner la distinction entre invention et découverte, de contourner l'exclusion de la brevetabilité des procédés essentiellement biologiques, ainsi que les exceptions et exemptions initialement inscrites dans le droit des brevets. En droit des brevets européen, le privilège de l'agriculteur ne s'applique, comme pour le DOV, qu'à une vingtaine d'espèces. Certains craignent que le couplage DOV/brevet ne mette l'obteneur en position de contrefacteur involontaire en cas de brevet sur d'autres procédés brevetables que la transgénèse pour lesquels aucune information n'est exigée pour les échanges ou la mise sur le marché, rendant dès lors inopérante l'exemption de recherche ; ou encore que, grâce aux marqueurs moléculaires ou génétiques, ce couplage ne facilite une identification fiable en cas de présomption de contrefaçon dans une semence de ferme. Là où le privilège de l'agriculteur n'existe pas (par exemple en droit des brevets américain) : le couplage DOV/brevet a pour effet de faire disparaître le privilège du fermier lié au DOV. Dans les pays ouverts à la culture d'OGM, la contamination éventuelle par des OGM de variétés, même paysannes, pourrait conduire à supprimer la possibilité de cultiver, de ressemer et d'échanger entre agriculteurs les semences des variétés contaminées. Ajoutons enfin que, dans certains pays, la pratique des « shrink wrap contracts » ou « bag tags » (licence apposée sur les sachets de semences enjoignant les agriculteurs à ne pas réutiliser ces dernières) interdit de fait aux agriculteurs de générer des semences à partir de leur récolte.

¹⁴⁴² P. Reis, *op. cit.*

¹⁴⁴³ Décision du 4 avril 2012 confirmée par une décision de la Cour suprême du Brésil du 12 juin 2012 : cette décision est commentée in F. Thomas, V. Boisvert, *op. cit.*, p. 75.

¹⁴⁴⁴ F. Thomas, V. Boisvert, *op. cit.*, p. 104.

Les accords de libre-échange (ALE)

Complexifiant encore le cadre législatif, ces dernières années ont vu la conclusion de très nombreux accords de libre-échange régionaux et bilatéraux¹⁴⁴⁵ auxquels le développement futur des normes en matière de propriété intellectuelle semble devoir être de plus en plus lié.

a) Exemples d'accords multilatéraux et bilatéraux

Au début des années 90, la protection de la propriété intellectuelle constituait déjà un des objectifs de l'Accord de libre-échange nord-américain entre les États-Unis, le Canada et le Mexique (ALENA)¹⁴⁴⁶. Aujourd'hui, le renforcement des droits de propriété intellectuelle¹⁴⁴⁷, y compris au-delà du niveau normatif prévu par l'ADPIC (OMC)¹⁴⁴⁸, figure plus que jamais parmi les objectifs des accords de libre-échange. En effet, « l'enlèvement du cycle de Doha a conduit les grands acteurs du commerce international à privilégier des solutions bilatérales pour ouvrir de nouveaux marchés à leurs exportateurs et promouvoir un cadre régulé aux échanges internationaux »¹⁴⁴⁹. « En guise de parade, les pays occidentaux (et les multinationales) ont opté pour des traités de libre-échange bilatéraux et surtout par zones géographiques : le grand marché transatlantique entre les États-Unis et l'Union européenne ; le partenariat transpacifique entre les États-Unis et onze pays du Pacifique... »¹⁴⁵⁰.

¹⁴⁴⁵ Selon R. Joumard (directeur de recherche émérite de l'IFSTTAR/Institut français des sciences et technologies des transports, de l'aménagement et des réseaux), fin 2012, on dénombrait près de 3 200 accords multilatéraux ou bilatéraux d'investissement ou de libre-échange dans le monde, dont 1 400 signés par des États membres de l'UE. En avril 2015, 262 accords commerciaux régionaux en vigueur dans le monde ont été comptabilisés. Il faut y ajouter près de 3 000 traités bilatéraux (éventuellement multilatéraux) d'investissement. L'UE a déjà ratifié près de cinquante accords commerciaux dans le monde et négocie actuellement douze nouveaux accords commerciaux: R. Joumard, *Traités de libre-échanges : citoyens bafoués, multinationales souveraines*, Attac Rhône, mai 2015, p. 6 et p. 20. Le chiffre de 3000 accords est également cité dans Le Monde diplomatique.fr, *Grand Marché Transatlantique : le dossier*, 27 mai 2014.

¹⁴⁴⁶ Voir le chapitre 17 de l'ALENA portant sur la propriété intellectuelle.

¹⁴⁴⁷ Selon J-F. Morin, plus largement, on peut distinguer 5 types d'accords qui concernent la propriété intellectuelle : les accords de propriété intellectuelle, les accords commerciaux, les accords de traitement préférentiel, les accords d'investissement et les accords régionaux : J-F Morin, *Les accords bilatéraux et régionaux de propriété intellectuelle dans la francophonie*, UNISFERA, juin 2003.

¹⁴⁴⁸ A titre d'exemple, le préambule du PTCI actuellement en négociation entre l'UE et les États-Unis précise que « L'accord sera très ambitieux, allant au-delà des engagements actuels de l'OMC » : J. Gadrey, Grand marché transatlantique : attention danger !, in *Revue Projet*, mars 2014, n. 340. Voir une traduction par Raoul Marc Jennar du mandat de l'UE en matière de négociation du PTCI sur <http://www.jennar.fr/?p=3143> (consulté le 7 septembre 2015).

¹⁴⁴⁹ Extrait d'un article *Questions-réponses PTCI* du site de la diplomatie de France sur <http://www.diplomatie.gouv.fr/fr/politique-etrangere-de-la-france/diplomatie-economique-et-commerce-exterieur/accords-de-libre-echange/ue-etats-unis-le-partenariat/article/questions-reponses-partenariat> (consulté le 2 septembre 2015).

¹⁴⁵⁰ M. Bulard, *Libre-échange, version Pacifique*, in *Le Monde diplomatique*, novembre 2014. Ces traités ont également pour objectifs de contourner la Chine et, à terme, d'édicter des normes mondiales qui s'y imposeraient également, ainsi qu'à l'Inde, le Brésil, la Russie, etc.

Le projet de renforcement de la propriété intellectuelle au-delà des normes de l'ADPIC se trouvait ainsi au cœur de l'Accord commercial anti-contrefaçon (ACAC) / Anti-Counterfeiting Trade Agreement (ACTA), accord multilatéral négocié par une quarantaine de pays de 2008 à 2010 à l'initiative des États-Unis, de l'UE, du Japon et d'autres partisans de l'extension la plus large possible du droit de la propriété intellectuelle. Ce Traité fut signé et ratifié par certains pays, mais il fut finalement rejeté par le Parlement européen en 2012, notamment en raison de l'opacité des négociations et de fuites concernant les textes en négociation.

Le renforcement de la propriété intellectuelle est également l'un des objectifs de l'Accord de partenariat transpacifique (TPP), accord multilatéral en cours de négociation qui vise à intégrer les économies des régions Asie et Pacifique. On notera que cet accord est lui aussi vivement critiqué en raison du manque de transparence de ses négociations : « Le contenu des discussions serait resté secret sans le travail et la ténacité d'organisations non gouvernementales comme Electronic Frontier Foundation, Public Citizen et bien d'autres, ainsi que de hackers comme WikiLeaks »¹⁴⁵¹. Sur la question de la propriété intellectuelle, comme en témoigne une journaliste du Monde diplomatique sur base de fuites, « l'appétit des grands groupes apparaît sans limites. Ainsi, pour les brevets détenus par les entreprises, les États-Unis proposent quatre-vingt-quinze ans de droits exclusifs [et même] cent vingt ans quand les travaux n'ont pas été publiés, selon WikiLeaks¹⁴⁵². Ce qui, dans le domaine médical, signifierait la fin des médicaments génériques (la plupart des brevets sont actuellement valables vingt ans). (...) On pourrait tout aussi bien citer le brevetage des plantes et des animaux¹⁴⁵³, la disparition des mesures de contrôle des capitaux, d'étiquetage des produits alimentaires et notamment des organismes génétiquement modifiés (OGM) »¹⁴⁵⁴.

Le projet de renforcement des droits de propriété intellectuelle n'est pas non plus absent des objectifs du Partenariat transatlantique pour le commerce et l'investissement (PTCI)¹⁴⁵⁵ / Transatlantic Trade and Investment Partnership (TTIP) / Transatlantic Free Trade Area (TAFTA) actuellement en négociation entre l'UE et les États-Unis. On remarquera, de nouveau, que ce projet d'accord fait, lui aussi, l'objet de vives critiques sur la question de la transparence des négociations¹⁴⁵⁶. Beaucoup de critiques craignent pour l'avenir de l'agriculture européenne si le PTCI venait à être conclu. Selon de nombreuses analyses basées sur des fuites et sur les autres traités de libre-échange récemment signés, ce traité pourrait avoir pour effet d'accroître le développement du modèle agro-exportateur, d'affaiblir le principe de précaution, notamment au regard des OGM, de conduire à l'écoulement accru dans l'UE des produits américains

¹⁴⁵¹ M. Bulard, *op. cit.*

¹⁴⁵² Voir WikiLeaks, *Secret TPP treaty : Advanced Intellectual Property chapter for all 12 nations with negotiating positions* (PDF), 13 novembre 2013 sur <https://wikileaks.org/tpp/static/pdf/Wikileaks-secret-TPP-treaty-IP-chapter.pdf> (consulté le 7 septembre 2015).

¹⁴⁵³ WikiLeaks, *Version à jour de l'accord commercial trans-pacifique (TPP)-chapitre PI (seconde publication)*, sur www.wikileaks.org/tpp--ip2/pressrelease/index.fr.html (consulté le 7 septembre 2015).

¹⁴⁵⁴ M. Bulard, *op. cit.*

alimentaires de base comme le blé et le soja (la plupart OGM) et de produits à bas coût, au développement du modèle d'alimentation animale maïs-soja, à l'affaiblissement des standards environnementaux, alimentaires, sociaux, à une intensification du caractère industriel de l'agriculture européenne, à la concentration accrue des exploitations et à une spécialisation des régions, ainsi qu'à une réduction des emplois agricoles, à l'érosion de la promotion des circuits courts, de la relocalisation des activités agricoles, de l'agriculture paysanne et des pratiques des semences de ferme et des semences paysannes. Mais ce projet de traité recèlerait également de nombreuses autres menaces (tout comme les autres accords de libre-échange négociés récemment), notamment en matière de normes et de procédures de contrôle environnementales et sanitaires, de relocalisation des activités, de souveraineté sur les ressources nationales, d'accès aux soins, de culture¹⁴⁵⁷, de droit du travail (élimination du cadre de l'OIT), de banques, de vie privée, de services publics, et plus largement de justice¹⁴⁵⁸, d'État¹⁴⁵⁹, de droit commun, de souveraineté populaire, de démocratie, etc.¹⁴⁶⁰

Nous venons d'aborder rapidement quelques accords multilatéraux, mais les accords bilatéraux de libre-échange entre les États-Unis ou l'UE et des pays tiers comportent eux aussi le

¹⁴⁵⁵ Le point 28 du mandat de l'UE en matière de négociation du grand marché transatlantique UE/États-Unis concerne la propriété intellectuelle. Comme l'expose le document officiel suivant: « The EU would like to address a limited number of specific IPR issues in TTIP that in our view currently limit the growth potential of transatlantic trade in IPR-intensive goods and services ». Et plus loin: « The purpose of this section would be for the EU and the US to set out a jointly agreed interpretation, implementation and/or practice in relation to certain IP issues debated in the international framework. The goal is to find a common denominator between EU and US rules, without modifying them, in jointly identified areas, thus increasing legal clarity and certainty for transatlantic trade »: European Commission, *The Transatlantic Trade and Investment Partnership (TTIP) : Towards an EU-US trade deal*, Intellectual Property - EU Position Paper, 20 March 2015, document accessible sur http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/april/tradoc_153331.7%20IPR%20EU%20position%20paper%2020%20March%202015.pdf (consulté le 7 septembre 2015).

¹⁴⁵⁶ Suite au vaste mouvement public d'opposition au PCTI dans plusieurs pays, certains éléments des négociations sont désormais publiés à la page <http://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=1248> du site de l'UE. La Commission a également pris soin de publier ses réponses officielles aux offensives de la société civile contre le PCTI dans une publication intitulée *Ten Myths about TTIP* accessible sur <http://bookshop.europa.eu/en/the-top-10-myths-about-ttip-pbNG0614128/?CatalogCategoryID=bWAKABst3G0AAAEjGocY4e5K> (pages consultées le 2 septembre 2015).

¹⁴⁵⁷ D'après R. Joumard, *op. cit.* « Selon 47 organisations européennes et internationales, le renforcement des règles de propriété intellectuelle limitera l'accès au matériel éducatif et à la connaissance scientifique, ainsi que la libre expression et la libre création ».

¹⁴⁵⁸ Voir la question de la protection des investissements, le mécanisme de règlement des différends investisseur-État via des tribunaux d'arbitrage, le Forum sur la coopération en matière de réglementation qui aboutissent à reconnaître les entreprises comme co-législateurs : R. Joumard, *op. cit.*, p. 68. Pour plusieurs exemples d'arbitrages privés entre entreprises et États (car ces mécanismes existent déjà dans d'autres accords de libre-échange), voir R. Joumard, *op. cit.*, p. 82 ; L. M. Wallach, *Le traité transatlantique, un typhon qui menace les Européens*, novembre 2013 ; B. Bréville et M. Bulard, *Des tribunaux pour détrousser les États*, juin 2014.

¹⁴⁵⁹ « Ces derniers veulent aujourd'hui mettre en oeuvre ce qui était l'espérance formulée par David Rockefeller dans une interview le 1er février 1999 à Newsweek : transférer le gouvernement des peuples au secteur privé : « Quelque chose doit remplacer les gouvernements, et les entreprises me semblent logiquement l'entité adéquate pour le faire » : Rockefeller D., *New Rules of the Game: Looking for New Leadership*, Newsweek, 1 Feb. 1999, p. 41, cité par R. Joumard, *op. cit.*, p. 141.

plus souvent des chapitres visant à renforcer la propriété intellectuelle¹⁴⁶¹, parfois au-delà des normes de l'ADPIC¹⁴⁶². C'est par exemple le cas du récent Accord économique et commercial global (AECG) / Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA) négocié entre l'UE et le Canada, signé fin 2013¹⁴⁶³. Sur la question des semences : « L'article 18.3 mentionne qu'un agriculteur en possession de semences d'une variété contenant un caractère breveté pourrait voir ses biens saisis et ses comptes bancaires gelés. (...) S'il n'est pas en mesure de fournir des preuves formelles de la provenance des semences utilisées, l'agriculteur peut être soupçonné de recel de contrefaçon. (...) L'article 16.2 précise également que cette saisie peut se faire sur simple

¹⁴⁶⁰ R. Joumard relève les principaux points communs de tous ces accords. Leur premier objectif annoncé est l'élimination des droits de douane, ce qui, selon de nombreuses analyses, se révélerait particulièrement catastrophique pour l'Europe dans le domaine de l'agriculture notamment, mais aussi pour les pays les moins avancés (PMA), les pays d'Afrique, Caraïbes, Pacifique (ACP), l'agriculture paysanne et vivrière africaine, la sécurité alimentaire des pays africains et tous les projets actuels de développement régional. Leur second objectif annoncé est l'élimination des barrières non-tarifaires, c'est-à-dire l'harmonisation ou la convergence des normes techniques, règlements et lois dans les domaines les plus divers (ou, plus précisément, selon certains critiques, une forme de coordination qui empêche l'imposition de réglementations gênantes pour l'un des signataires). Dans certains traités (comme le TPCI), il s'agit de reconnaissance mutuelle des normes. Dans les deux cas, le résultat risque de conduire à une harmonisation par le bas. Même les constitutions pourront en subir les conséquences et se voir remaniées, tout comme le Mexique, par exemple, a dû modifier sa constitution avant de signer l'ALENA afin de permettre que des ressortissants étrangers puissent acquérir et exploiter des terres, démantelant ainsi le système de la propriété collective de l'*ejido* pour être compatible avec le droit de propriété tel que le définit le traité (comme le montre O. Dabene sur le site de l'Observatoire Politique de l'Amérique latine et des Caraïbes sur www.sciencespo.fr/opalc/content/alena, introduction, page consultée le 7 septembre 2015). Le troisième objectif annoncé des traités de libre-échange est d'instaurer une « justice » extraordinaire privée pour juger les différends des multinationales envers les États. La dernière de leurs caractéristiques est l'opacité des négociations pour les citoyens, qui contraste avec la part essentielle qu'y prennent les grandes multinationales.

¹⁴⁶¹ Comme l'explique F. Morin, *op. cit.*, les pays importateurs de technologie peuvent accepter de rehausser leurs normes de propriété intellectuelle en échange d'un meilleur accès aux marchés des pays exportateurs de technologie. Et comme le précise Joumard, *op. cit.*, p. 38 : « La plupart de ces traités de libre-échange associent à chaque fois une très grande puissance économique et politique (Union européenne ou États-Unis) et un ou quelques pays dont le poids économique global est extraordinairement inférieur, ce qui laisse présumer du rapport de force lors des négociations. Les pays en développement qui avaient pu se ranger du côté des pays émergents lors des négociations à l'OMC sont isolés par petits groupes, de manière à ne pas pouvoir s'opposer aux pays les plus puissants ».

¹⁴⁶² Exemples de mesures allant au-delà de l'ADPIC dans des traités bilatéraux (d'après Morin, *op. cit.*) : article 3 de l'annexe V de l'Accord de libre-échange entre les pays de l'AELE et la Macédoine : protection additionnelle de 5 ans pour les produits pharmaceutiques et les variétés végétales ; accord entre les États-Unis et le Cambodge sur le commerce et la propriété intellectuelle : ne prévoit pas d'exclusion explicite pour 1) l'ordre public et la moralité 2) les méthodes diagnostiques, thérapeutiques et chirurgicales et 3) les formes de vies supérieures ; article 1 de l'annexe 7 de l'Accord établissant une association entre les Communautés européennes et la Tunisie : doit adhérer à la Convention UPOV de 1991 (au lieu d'imaginer librement un système *sui generis*) ; annexe X de l'Accord de Bangui : élabore un système *sui generis* plus contraignant pour les agriculteurs que ne le permet l'Accord sur les ADPIC ; etc.

¹⁴⁶³ AECG – Chapitre Droits de propriété intellectuelle, Article 2 « Nature et étendue des obligations : Les dispositions du présent chapitre visent à compléter les droits et obligations qui incombent aux Parties en vertu de l'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce de l'OMC (ci-après l'Accord sur les ADPIC) » : Texte de l'AECG consolidé, site des Affaires étrangères du Canada : <http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/ceta-aecg/text-texte/22.aspx?lang=fra> (consulté le 2 septembre 2015).

présomption de contrefaçon¹⁴⁶⁴. En clair, un paysan qui continuerait de faire ce qu'il a toujours fait, garder une partie de sa récolte pour ensemer ses champs, se verrait donc menacer d'amendes et de poursuites judiciaires (...) »¹⁴⁶⁵.

Dans une analyse datant déjà de 2003¹⁴⁶⁶, Jean-Frédéric Morin soutenait que « la voie bilatérale modifie les rapports de force en faveur des pays exportateurs de technologie et permet des avancées qui seraient probablement rejetées si elles étaient proposées dans le forum multilatéral de l'OMC. (...) Par ces voies bilatérales et régionales, les frontières du droit international de la propriété intellectuelle sont repoussées sur trois principaux fronts : juridique, géographique et institutionnel¹⁴⁶⁷. (...) La multiplication des projets de libre-échange laisse présager que cette voie sera de plus en plus déterminante dans l'évolution du régime international de la propriété intellectuelle ». Ce chercheur ne se trompait pas. Il y a plus de dix ans, il relevait déjà un certain nombre de défis fondamentaux que cette évolution générale faisait peser par rapport à l'objectif de développement durable : les problématiques de l'accès aux technologies et aux médicaments essentiels, du choix de droits de propriété intellectuelle éventuellement plus adaptés que les brevets aux besoins des pays en développement, des droits des agriculteurs, les questions liées à la protection de la diversité biologique, de la diversité culturelle, des connaissances traditionnelles, des connaissances publiques et la multiplication des mécanismes bilatéraux de règlement des différends moins transparents, moins prévisibles et davantage sujets à des pressions coercitives¹⁴⁶⁸. Ces menaces n'ont fait que se concrétiser davantage à l'échelle de la planète à chaque nouvel accord d'investissement et de libre-échange.

La question des semences peut se voir affectée par le durcissement des normes en matière de propriété intellectuelle, comme on l'a vu dans les développements précédents, mais aussi par le renforcement des normes sanitaires et environnementales qui sont également à l'ordre du jour des

¹⁴⁶⁴ Texte du Traité sur http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2014/september/tradoc_152806.pdf (consulté le 2 septembre 2015). Les articles mentionnés ci-dessus se trouvent à la page 350 du texte.

¹⁴⁶⁵ Chapelle S., *Europe : la liberté de cultiver entravée par les futurs traités de libre-échange*, 21 mai 2014, in Le grand soir.info, 11 mai 2014

¹⁴⁶⁶ J-F Morin, *op. cit.*

¹⁴⁶⁷ D'autres auteurs le confirment dans le cas des accords bilatéraux d'investissement qui traitent de propriété intellectuelle : « Le fait que les ABI conclus entre pays développés soient très rares montre que les accords visent les pays en développement et ont pour but de promouvoir des normes qui soient bénéfiques pour les entreprises des pays développés. (...) Ainsi, la plupart des accords d'investissement remettent plus ou moins en question les exceptions et les limites prévues par l'Accord sur les ADPIC et d'autres accords multilatéraux sur la propriété intellectuelle selon l'importance de la reconnaissance de ce type d'exceptions » : South Center, *La propriété intellectuelle dans les accords d'investissement : les répercussions des mesures ADPIC-plus sur les pays en développement*, mai 2005.

¹⁴⁶⁸ Il en concluait que « La puissance relative des pays en développement est grandement réduite lorsqu'ils se trouvent en relation bilatérale avec des pays exportateurs de technologie. Par conséquent, ils auraient avantage à coordonner leurs efforts pour ramener les principales négociations sur les droits propriété intellectuelle au sein des forums multilatéraux, comme l'OMC, l'OMPI ou l'UNESCO. De plus, puisque les pays en développement ne partagent pas nécessairement les mêmes intérêts en propriété intellectuelle, ils doivent consolider leur coopération en matière de propriété intellectuelle entre pays qui partagent des affinités régionales » : Morin, *op. cit.*

accords de libre-échange multilatéraux et bilatéraux. Il a été constaté en effet que : « Ce type d'accord commercial bilatéral favorise les prérogatives des entreprises et s'impose au droit national. Les paysans colombiens l'ont découvert à leurs dépens : en 2011, 1167 tonnes de semences, principalement de riz, mais aussi de pommes de terre, de maïs, de blé, de plantes fourragères et de haricots rouges, sont retirées de la circulation. L'année suivante, l'Institut agroalimentaire colombien (ICA) confisque ou détruit près de 2800 tonnes de semences¹⁴⁶⁹. Motif : l'accord signé avec les États-Unis contient une clause qui oblige les paysans à cultiver des semences certifiées¹⁴⁷⁰, c'est-à-dire produites par les sélectionneurs industriels comme Monsanto ou Syngenta. (...) Pour se mettre en conformité avec cet accord, l'ICA publie un texte en 2010 – la résolution 970 – qui rend illégale la vente de semences issues de la sélection paysanne, au motif que leurs qualités sanitaires ne sont pas garanties¹⁴⁷¹. La mobilisation de dizaines de milliers de Colombiens dans les rues de Bogotá à l'été 2013 conduit le gouvernement à annoncer le 6 septembre la suspension de la résolution pendant deux ans. Toutefois, l'ICA continue à aller de ferme en ferme pour demander si les semences utilisées sont certifiées, témoigne Victoria Solano, auteure du documentaire « 970. Histoire des semences privatisées »¹⁴⁷².

Selon F. Thomas, le nombre de COV et de brevets déposés montre bien que la propriété intellectuelle sert majoritairement les firmes multinationales : dans les pays émergents, le renforcement de la propriété intellectuelle aurait surtout augmenté les bénéfices des compagnies étrangères. Dans ces pays, les compagnies nationales ont dû s'allier aux multinationales qui, par contre, ont su utiliser la recherche publique. Si ces pays, plutôt que de développer des politiques publiques, adhèrent aux normes de l'UPOV et de l'ADPIC, et même à des normes plus sévères, alors que celles-ci servent manifestement les avantages des industries, c'est parce que le lobbying en ce sens profite du manque de stratégies nationales et, parfois, de société civile, et parce que leurs élites les entraînent dans ce sens. Certains pays émergents essaient désormais de percer en

¹⁴⁶⁹ En effet, désormais, les sanctions peuvent être les suivantes : « (...) permission de confisquer non seulement les semences considérées « illégales », mais aussi les cultures, les plantations, les récoltes et les produits élaborés provenant de ces semences. Les procédures judiciaires liées à ces confiscations sont sommaires (...). L'expérience pratique permet de craindre avec raison que les entreprises déploient des stratégies d'accusations multiples sans preuve pour intimider les paysans et les agriculteurs « récalcitrants ». La situation s'aggrave encore plus parce que l'on donne explicitement aux entreprises la possibilité de poursuivre les agriculteurs au criminel, avec des peines de prison. (...) D'autres éléments très dommageables ont aussi été introduits dans quelques projets de loi. Le projet chilien initial donnait aux entreprises semencières le contrôle de l'application de la loi, créant par le fait même une police privée. Le projet argentin crée un registre obligatoire des utilisateurs des semences, ce qui signifie que toute personne désirant semer doit s'enregistrer » : GRAIN, *Lois sur les semences en Amérique latine*, octobre 2013.

¹⁴⁷⁰ C'est une version intégrale et souvent élargie de l'UPOV 1991 que cherchent à promouvoir les ALE : GRAIN, *Lois sur les semences en Amérique latine*, *op. cit.*

¹⁴⁷¹ Voir la Résolution de l'ICA sur <http://www.ica.gov.co/getattachment/03750a73-db84-4f33-9568-6e0bad0a507d/200R970.aspx> (consulté le 2 septembre 2015). La résolution 970 de l'ICA aurait également introduit une clause selon laquelle le droit de propriété intellectuelle accordé s'étend à toute variété « similaire » : GRAIN, *Lois sur les semences en Amérique latine*, *op. cit.* En plus des semences certifiées et des semences de ferme, la position de l'ICA semble concerner également les semences paysannes, c'est-à-dire les semences locales et traditionnelles.

¹⁴⁷² S. Chapelle, *op. cit.* Le documentaire « 970 » est visible sur YouTube : <https://www.youtube.com/watch?v=TkQ8U2kHAbI> (lien consulté le 7 septembre 2015).

matière de biotechnologies, mais étant donné le caractère oligopolistique du marché des biotechnologies, le risque est grand qu'ils deviennent rapidement dépendants des multinationales américaines, européennes et chinoises. Dans les pays émergents, la bataille des OGM est en train d'être remportée par les firmes¹⁴⁷³. Pour ces pays, aujourd'hui, remarque Frédéric Thomas, la question de la brevetabilité du vivant n'est plus dans la reconnaissance ou le refus de breveter le vivant, ni dans la recherche du meilleur régime juridique d'accès aux ressources et de partage des avantages, mais dans l'ajustement de l'étendue et de la portée des brevets aux intérêts économiques nationaux : il s'agit de favoriser les transferts de technologie et les investissements directs étrangers sans condamner l'avenir des biotechnologies nationale¹⁴⁷⁴.

b) Conclusion concernant les accords de libre-échange

Que faut-il en conclure ? Tant par la voie de traités multilatéraux que par celle d'accords bilatéraux, le renforcement des normes de propriété intellectuelle au-delà des règles de l'ADPIC et au-delà de la version de 1991 de l'UPOV est en marche¹⁴⁷⁵. Ce renforcement (couplé à d'autres évolutions, notamment en matière de normes phytosanitaires ou encore de règles en matière de certification), comporte manifestement parmi ses objectifs la volonté d'empêcher la reproduction, l'utilisation et l'échange libres des semences de ferme (et à terme des semences paysannes locales et traditionnelles) par les paysans, avec des conséquences qui seront dramatiques sur la conservation de la biodiversité agricole, sur l'autonomie alimentaire des populations et sur la sécurité alimentaire. Cette situation nécessite une résistance des populations à la signature de ces traités.

D'autres politiques renforcent encore les conséquences exposées ci-dessus : c'est le cas des politiques de préservation *ex situ* de la biodiversité agricole, du droit des semences, mais aussi, indirectement, de l'accaparement des terres. C'est la raison pour laquelle, avant de conclure ce chapitre et cette recherche, nous aborderons rapidement ces trois problématiques.

3. Arguments extérieurs à la problématique des brevets démontrant une appropriation croissante de la biodiversité

1) Stratégies des politiques de préservation *ex situ* de la biodiversité agricole

¹⁴⁷³ Voir les statistiques d'ISAAA.

¹⁴⁷⁴ F. Thomas, V. Boisvert, *op. cit.*, p. 77-107.

¹⁴⁷⁵ Voir également les documents suivants, parmi de nombreux autres : Via Campesina, *Les lois semencières qui criminalisent les paysannes et les paysans*, mars 2015 ; Johnson P., *En Colombie, guerre contre les semences au nom du libre-échange*, in *Reporterre*, novembre 2013 ; GRAIN, *Les accords commerciaux criminalisent les semences de ferme*, novembre 2014.

La préservation *ex situ* désigne la préservation d'une composante de la diversité biologique en dehors de son habitat naturel : cela peut être dans des jardins et conservatoires botaniques, ou dans des banques de semences, qui recourent le plus souvent à la congélation.

Il existe de nombreuses banques de semences de par le monde¹⁴⁷⁶. Elles sont privées ou publiques, et visent essentiellement à conserver les semences des plantes cultivées et de leurs variétés apparentées, mais aussi, dans une moindre mesure, de plantes sauvages.

Les plus célèbres banques de semences sont l'Institut Vavilov en Russie, la Banque de semences du Millénaire de Kew en Angleterre, la Réserve de Svalbard en Norvège, les banques de germplasm du CGIAR (le Groupe consultatif pour la recherche agricole internationale), une organisation internationale instituée par la Banque mondiale en 1971 sous le parrainage de la FAO (Food and Agriculture Organisation), du PNUD (Programme des Nations Unies pour le Développement) et du FIDA (Fonds international de développement agricole)¹⁴⁷⁷.

Intéressons-nous dans un premier temps au CGIAR.

Le but déclaré de cet organisme est la sécurité alimentaire dans les pays en développement à travers l'amélioration des plantes cultivées¹⁴⁷⁸ (y compris via la biotechnologie) afin de créer « a better future for the world's poor »¹⁴⁷⁹. Le CGIAR est et se veut un acteur incontournable de la recherche agricole¹⁴⁸⁰. Il compte actuellement un peu plus d'une soixantaine de membres, parmi lesquels des États, des organisations régionales et internationales et des fondations privées (la Fondation Ford, la Fondation Kellogg, la Fondation Rockefeller, qui ont toutes trois participé à sa

¹⁴⁷⁶ On cite souvent le chiffre approximatif de 1700 banques nationales ou internationales : site du Fonds fiduciaire pour la diversité des cultures : <https://www.croptrust.org/what-we-do/svalbard-global-seed-vault/?lang=fr> (consulté le 25 septembre 2015).

¹⁴⁷⁷ Selon la Banque mondiale elle-même : « Le CGIAR a été mis en place pour transposer à plus grande échelle l'appui fourni pendant des années par les Fondations Rockefeller et Ford à quatre centres internationaux de recherche agricole situés en Colombie, au Mexique, au Nigéria et aux Philippines » : site de la Banque mondiale : [http://lnweb90.worldbank.org/oed/oeddoclib.nsf/DocUNIDViewForJavaSearch/BB9CBCA3CFE75E9D85256D6600723768/\\$file/Precis_232_french.pdf](http://lnweb90.worldbank.org/oed/oeddoclib.nsf/DocUNIDViewForJavaSearch/BB9CBCA3CFE75E9D85256D6600723768/$file/Precis_232_french.pdf) (consulté le 25 septembre 2015).

¹⁴⁷⁸ « More and better food at lower cost through genetic improvements », selon H. Okusu du CGIAR Science Council Secretariat : H. Okusu, *Biotechnology Research in the CGIAR: An Overview*, in *The Journal of Agrobiotechnology Management and Economics*, vol. 12, n° 1, article 7.

¹⁴⁷⁹ Site du CGIAR : <http://www.cgiar.org/cgiar-consortium/research-centers/> (consulté le 25 septembre 2015).

¹⁴⁸⁰ Selon le CGIAR lui-même : « Sweeping changes in the first decade of the 21st century transformed our loose coalition into a streamlined global partnership working as one. Today, our donors and the Research Centers work together in a business-like manner in order to make a unique scientific contribution to agricultural development for people who are poor (...) We are now well placed to play a central role in delivering the science needed to feed the Earth's growing population while protecting our environment and the resource base on which future food production depends ». Les recherches menées sous les auspices du CGIAR « initially concentrating on breeding better staple food crops, expanded to cover natural resource management, food production, and ecoregions » : site du CGIAR, <http://www.cgiar.org/who-we-are/history-of-cgiar/> (consulté le 25 septembre 2015).

création, la Fondation Syngenta depuis 2002, la Fondation Bill et Melinda Gates, membre et donatrice du CGIAR Fund Council) et de nombreux partenaires, parmi lesquels des Etats, des instituts de recherche, des entreprises (Monsanto, Pioneer Hi-Bred, Syngenta, ...). Le CGIAR soutient des programmes de recherche et une quinzaine de centres de recherche essentiellement situés dans des pays en développement riches en biodiversité. Ces centres de recherche sont chacun dédiés à des thématiques (ex. : agriculture tropicale, amélioration du maïs et du blé, pomme de terre, poisson, riz, etc.). L'objectif du CGIAR est de mettre la diversité biologique conservée dans ses banques de gènes à disposition des sélectionneurs et des chercheurs¹⁴⁸¹. Malgré cette image *a priori* honorable, les politiques de cet organisme font l'objet de certaines critiques¹⁴⁸².

Ces critiques concernent en premier lieu les relations entre le CGIAR et les entreprises¹⁴⁸³ semencières et biotechnologiques¹⁴⁸⁴. Comme nous l'avons mentionné ci-dessus, des fondations privées issues de certaines de ces entreprises sont membres du CGIAR. Malgré l'image philanthropique affichée par ces fondations issues des plus puissantes entreprises mondiales, la Banque mondiale reconnaît elle-même que "Because of their non-profit status, many of these foundations serve as important conduits for technology transfers and R&D investment between the public and private sectors. Research foundations are able to receive money from government agencies and private sector firms alike to undertake research projects and contract other public agencies and private firms to conduct research on their behalf"¹⁴⁸⁵.

A titre d'exemple, la Fondation Rockefeller est à l'origine de la création du centre d'amélioration du blé et du maïs (CIMMYT) au Mexique, qui a contribué à la Révolution verte dans ce pays à partir de 1943. Elle a ensuite diffusé cette idée de Révolution verte à travers le monde. Elle a favorisé l'établissement d'autres centres de recherche à travers le monde, et notamment, en collaboration avec la Fondation Ford, de l'IRRI (Institut de recherche sur le riz) aux Philippines. Par ce biais, elle est à l'origine de la diffusion des variétés à haut rendement en

¹⁴⁸¹ Site du CGIAR: <http://www.cgiar.org/our-research/cgiar-research-programs/cgiar-research-program-for-managing-and-sustaining-crop-collections/> (consulté le 25 septembre 2015).

¹⁴⁸² Cependant, ces critiques sont le plus souvent formulées de façon très allusive par les scientifiques dans les documents que nous avons consultés. Certaines associations de paysans et certains médias liés à l'écologie politique sont par contre plus explicites : voir par exemple Astier M. et Chauveau F., *Quand les multinationales de l'agro-business s'achètent une vertu climatique*, 2015.

¹⁴⁸³ Le CGIAR's Private Sector Committee (PSC) est notamment chargé d'identifier les « R&D priorities in developing countries; private sector strategies that respond to these needs; the potential for cooperation between the CGIAR and private sector; and identification of mutually beneficial collaborative programs and partnerships that address food security issues » : site de la Banque mondiale, [http://lnweb90.worldbank.org/oed/oeddoclib.nsf/DocUNIDViewForJavaSearch/1A576E5661BB655885256D5600570872/\\$file/cgiar_wp_spielman.pdf](http://lnweb90.worldbank.org/oed/oeddoclib.nsf/DocUNIDViewForJavaSearch/1A576E5661BB655885256D5600570872/$file/cgiar_wp_spielman.pdf) (consulté le 25 septembre 2015).

¹⁴⁸⁴ Voir, par exemple, sur le site de l'agence de presse IPS, Diego Cevallos, *Activists take fire at CGIAR*, 2/11/2004.

¹⁴⁸⁵ Site de la Banque mondiale : [http://lnweb90.worldbank.org/oed/oeddoclib.nsf/DocUNIDViewForJavaSearch/1A576E5661BB655885256D5600570872/\\$file/cgiar_wp_spielman.pdf](http://lnweb90.worldbank.org/oed/oeddoclib.nsf/DocUNIDViewForJavaSearch/1A576E5661BB655885256D5600570872/$file/cgiar_wp_spielman.pdf) (consulté le 25 septembre 2015).

Asie. Elle a ensuite participé à la fondation du CGIAR, principal organisme de coordination de la Révolution verte et, dans les années 90, suite au développement des préoccupations écologistes, a lancé le concept de *Révolution doublement verte* qui correspond à un nouveau type d'intensification de l'agriculture « respectant l'environnement »¹⁴⁸⁶.

La Fondation Gates, quant à elle, est accusée de fournir des semences industrielles et OGM dans le cadre de ses programmes d'aide en Afrique et en Asie et d'ouvrir l'Afrique à l'agrobusiness¹⁴⁸⁷.

L'Institut international de recherche sur le riz (IRRI), un des centres du CGIAR, est accusé, pour sa part, d'être impliqué dans des stratégies d'accaparement des terres¹⁴⁸⁸.

D'autres critiques, liées aux liens entre le CGIAR et certaines entreprises, portent sur la promotion officielle des biotechnologies par le CGIAR depuis 1998, au motif que ces dernières devraient aider à combattre les famines en permettant d'augmenter¹⁴⁸⁹ les quantités alimentaires disponibles^{1490 1491}. A *Common position statement on biotechnology* fut ainsi adoptée en 1998: « Biotechnology must be viewed as one of the critical tools for providing food security for the poor.

¹⁴⁸⁶ « La révolution doublement verte appelle à la fois à la définition d'une technologie productive écologiquement intensive, et à des mesures structurelles de politique agricole destinées à accompagner la réduction de la pauvreté dans un cadre de liberté économique régulé par des procédures de réduction des risques » : Griffon M., *La Révolution doublement verte (introduction)*, Académie d'agriculture, CIRAD, séance du 5 mai 2004, p. 4 : http://pub.craaq.qc.ca/persp_2005/AcademieAgriculture_GriffonM.pdf. Aujourd'hui, c'est la *Climate Smart Agriculture* (agriculture intelligente face au climat), le nouveau mouvement fort similaire porté par la FAO et les multinationales. Voici la définition que donne la FAO de la *climate smart agriculture* : « Agriculture that sustainably increases productivity, resilience (adaptation), reduces/removes greenhouse gases (mitigation), and enhances the achievement of national food security and development goals » : site de la FAO, <http://www.fao.org/docrep/018/i3325e/i3325e.pdf> (consulté le 25 septembre 2015). Après analyse des documents de la FAO, Attac en conclut que « l'ambition est de réorienter les financements publics et privés sur de tels programmes : le Fond international de développement agricole (IFAD) et la Banque mondiale ont annoncé que 100 % de leurs portefeuilles d'investissement dans l'agriculture seraient "climato-intelligents" d'ici 2018 (...) Il est difficile d'y voir autre chose que la volonté d'étendre la compensation carbone à l'agriculture, tout en essayant de labelliser "climat" la poursuite d'une intensification de l'agriculture mondiale » : site d'Attac, https://france.attac.org/IMG/pdf/note_climate-smart.pdf. Voir aussi la réaction de plusieurs dizaines d'ONG internationales : *Corporate-Smart Greenwash: why we reject the Global Alliance on Climate-Smart Agriculture*, septembre 2014 ; celle de Via Campesina, *Démasquer l'agriculture intelligente face au climat*, septembre 2014 et celle de Marie Astier et Flora Chauveau, *Quand les multinationales de l'agrobusiness s'achètent une vertu climatique*, op. cit.

¹⁴⁸⁷ Voir sur ce point GRAIN, *How does the Gates Foundation spend its money to feed the world*, 2014; voir aussi Y. Sharma, *Are Gates and CGIAR a good mix for Africa?*, 2010.

¹⁴⁸⁸ Voir sur ce point GRAIN, *Le CGIAR impliqué dans l'accaparement des terres*, 2009.

¹⁴⁸⁹ « Rather, it is to take the pragmatic view that biotechnology is an important area of current biological science with, at minimum, great promise for enhancing food quantity and quality, and reducing environmental impacts compared to some current agricultural technologies. Hence, it is an area of scientific pursuit essential for the CGIAR », est-il écrit dans un rapport « indépendant » d'évaluation du CGIAR: W. Lesser, *CGIAR at 31: An Independent Meta-Evaluation of the Consultative Group on International Agricultural Research*, Thematic Working Paper Review of Biotechnology, Genetic Resource, and Intellectual Property Rights Programs, World Bank, 2003.

¹⁴⁹⁰ C. Coroller, *Les OGM remède à la pénurie alimentaire*, in *Libération.fr*, 27/10/1999.

(...) The Centres view biotechnology as an important means for ensuring environmental protection over the long term. (...) The development and deployment of transgenics (via genetic engineering) is seen by the Centres to provide important options for meeting the food security and environmental challenges of the future (...) »¹⁴⁹².

Par ailleurs, la nouvelle organisation du CGIAR en un Consortium¹⁴⁹³ a donné lieu à de nouvelles orientations en matière de propriété intellectuelle au sein de cet organisme¹⁴⁹⁴. Un premier document officiel sur ce thème, *The Intersection of Public Goods, Intellectual Property Rights, and Partnerships: Maximizing Impact for the Poor*¹⁴⁹⁵, paru en 2011, parle ainsi d'un «equitable management of intellectual property within the CGIAR, as one pillar for achieving the goal of sustained impact on the ground ». Alors que le CGIAR « has a tradition of creating international public goods (IPGs)¹⁴⁹⁶ targeted to the poor in the form of products, knowledge, and services resulting from agricultural research », poursuit ce document, la nouvelle organisation « will challenge the traditional CGIAR approach to intellectual assets and require a new awareness and understanding that can address potential tensions associated with intellectual property (IP) to create new approaches for fulfilling the CGIAR's mission to maximize impact for the poor ». Les motifs de cette évolution, tels qu'ils sont exposés dans ce document, sont « the fact that private sector partners may require the taking out of IP rights as a basis for engagement must be taken seriously », que « the effective use of the IP system can contribute significantly to sustainable poverty alleviation and better nutrition for the poor », et que « in a number of cases, even if plant varieties cannot qualify per se as patentable subject matter, the scope of protection granted to biotechnological inventions may effectively encompass entire plant varieties. In addition, the US Supreme Court has ruled that a new plant variety may be protected both by PBR and patent rights». En conclusion, « Important strategic decisions must be made regarding the relative

¹⁴⁹¹ Sans qu'il ne soit démontré à ce jour que les OGM accroissent nécessairement les rendements : G. Lean, *Exposed : the great GM crops myth*, in Independent.co.uk, 20/4/2008.

¹⁴⁹² H. Okusu, *Biotechnology Research in the CGIAR: An Overview*, op. cit.

¹⁴⁹³ « Since 2007, the CGIAR has been engaged in an internal reform process that has led to a shift from a model of public funding for Centers that interact with an array of external and internal partners, to a model of public funding for research-topic-specific integrated partnerships involving Centers, national public research institutions, nongovernmental organizations (NGOs), and private sector partners, from small and medium to multinational enterprises » : site du CGIAR, http://library.cgiar.org/bitstream/handle/10947/2617/The_Intersection_of_Public_Goods_Intellectual_Property_Rights_and_Partnerships_Maximizing_Impact_for_the_Poor.pdf?sequence=1 (consulté le 25 septembre 2015).

¹⁴⁹⁴ Voir le site du CGIAR : <http://www.cgiar.org/cgiar-consortium/consortium-office/legal-counsel-and-intellectual-property/> (consulté le 25 septembre 2015).

¹⁴⁹⁵ Concernant les termes de *biens publics* et de *biens publics internationaux* tels que compris par le CGIAR, voir le site du CGIAR: http://www.sciencecouncil.cgiar.org/fileadmin/user_upload/sciencecouncil/SC_5_Meeting/Item_13_IPGs_R-D_Continuum.pdf (consulté le 29 septembre 2015).

¹⁴⁹⁶ Site du CGIAR : http://library.cgiar.org/bitstream/handle/10947/2617/The_Intersection_of_Public_Goods_Intellectual_Property_Rights_and_Partnerships_Maximizing_Impact_for_the_Poor.pdf?sequence=1 (2011) (consulté le 29 septembre 2015).

balance to be reached in the Consortium between proactively achieving targeted impact by harnessing the power of IP rights and interactions with the private sector, versus maintaining the founding value of free access to its research outputs and thereby allowing anyone to benefit from its efforts. This is not an ‘either or’ debate but a blending of options in time and space. (...) No single Center can hope to have all the necessary expertise in this area and the Consortium must provide guidance and support. This is also an area where the CGIAR must be highly creative in its use of pre-existing best practice and must be highly innovative in defining new approaches to best serve its ultimate beneficiaries ».

Un second document introduisant les principes du Consortium en matière de propriété intellectuelle est ensuite paru en 2012 : *Consortium Guiding Principles on the Management of Intellectual Assets* (2012)¹⁴⁹⁷. En voici quelques extraits :

« 1. International Public Goods

The CGIAR regards the results of its research and development activities as international public goods and is committed to their widespread diffusion and use to achieve the maximum possible access, scale, scope of impact and sharing of benefits to advantage the poor, especially farmers in developing countries. (...)

6.4 Intellectual Property Rights

6.4.1 The CGIAR is committed to the prudent and strategic use of IP Rights.

6.4.2 The Centers shall carefully consider whether to register/apply for (or allow third parties to register/apply for) patents and/or plant variety protection (“IP Applications”) over the Centers respective Intellectual Assets. As a general principle, such IP Applications shall not be made unless they are necessary for the further improvement of such Intellectual Assets or to enhance the scale or scope of impact on target beneficiaries, in furtherance of the CGIAR Vision.

6.4.3 All IP Rights shall be exercised consistently with Articles 6.1 to 6.3 above. (...)

9.3 For the avoidance of doubt, these CGIAR IA Principles shall not affect, except to the extent expressly provided herein, the Consortium and the Centers’ respective rights over their Intellectual Assets. (...)

10.4 Public disclosure. The CGIAR IA Report shall be made available to the public. The CGIAR is committed to the dual and equally important principles of (i) recognizing the legitimate interests of the private sector and other partners to maintain and protect confidential information and (ii) observing the need for transparency and accountability with respect to the use of public sector funds and activities financed in connection therewith (...).

En 2013, un troisième document a précisé les lignes directrices de ces principes : *Implementation Guidelines For the CGIAR IA Principles on the Management of Intellectual Assets*¹⁴⁹⁸. L’introduction de ce document synthétise bien l’esprit de cette réforme au sein du

¹⁴⁹⁷ Site du CGIAR:

<http://library.cgiar.org/bitstream/handle/10947/3755/CGIAR%20IA%20Principles.pdf?sequence=1> (2012)
(consulté le 29 septembre 2015).

¹⁴⁹⁸ Site du CGIAR:

CGIAR : « The CGIAR IA Principles mandate global accessibility of CGIAR research outputs as a general means to achieve impact. However, they also recognize that achieving impact sometimes requires restrictions to global accessibility ».

Ces liens étroits avec le monde économique et le secteur privé en particulier peuvent conduire à un certain « skepticism as to whether CGIAR could continue to produce IPGs (c'est-à-dire des biens publics mondiaux) while doing business with the private sector »¹⁴⁹⁹. Car « Linking public goods with private interests to scale up agricultural innovations and impact »¹⁵⁰⁰ est bel et bien l'objectif déclaré de cet organisme. La Banque mondiale a d'ailleurs récemment réduit sa contribution au financement du CGIAR, au motif que celui-ci devrait passer à un modèle de financement plus durable, moins dépendant de la Banque mondiale¹⁵⁰¹, ce qui semble suggérer qu'il devrait passer à un mode de financement privé ou fondé sur d'éventuels bénéfices résultant de ses activités¹⁵⁰².

Le CGIAR a également participé à la création de la Réserve mondiale de semences du Svalbard, en Norvège (il en est le principal contributeur de semences). Il s'agit d'une chambre forte souterraine établie sur une île norvégienne, destinée à rassembler et conserver les graines de toutes les cultures vivrières de la planète. Ce projet, destiné à être un stockage de sauvegarde face à la vulnérabilité des banques de semences exposées à des troubles politiques, à des risques environnementaux ou à des défaillances (plusieurs ont été détruites ou endommagées ces dernières années), est cofinancé par le Fonds fiduciaire mondial pour la diversité des cultures (Global Crop Diversity Trust), dont les partenaires sont plusieurs fondations (Rockefeller, Gates, ...), plusieurs Etats et organismes publics et privés (Syngenta, Monsanto, KWS, ...) ¹⁵⁰³. La Fondation Gates aurait notamment fourni des millions de dollars pour aider les pays en voie de développement et les centres internationaux de recherche agricole pour le conditionnement et l'acheminement de graines vers la Réserve du Svalbard¹⁵⁰⁴.

http://library.cgiar.org/bitstream/handle/10947/2846/Implementation_Guidelines_-_For_the_CGIAR_IA_Principles_on_the_Management_of_Intellectual_Assets.pdf?sequence=1 (2013); voir aussi CGIAR, *Intellectual Assets Report for Year 2013*, 18 juin 2014.

¹⁴⁹⁹ H. Okusu, *op. cit.*

¹⁵⁰⁰ Site du CGIAR : <http://www.cgiar.org/> (consulté le 29 septembre 2015).

¹⁵⁰¹ Site du Hagstrom Report, *World Bank continues CGIAR funding*, 19 août 2015.

¹⁵⁰² Et en effet, l'Accord portant sur la création du Fonds fiduciaire mondial pour la diversité des cultures, à l'article 2.2.b, comporte parmi ses objectifs de « promouvoir un système mondial efficace, rentable, ciblé et durable de conservation ex situ » : site de la FAO, http://www.fao.org/fileadmin/user_upload/legal/docs/034t-f.pdf (consulté le 29 septembre 2015).

¹⁵⁰³ Le Fonds a même été doté d'un Conseil des donateurs (article 10) : site de la FAO, http://www.fao.org/fileadmin/user_upload/legal/docs/034t-f.pdf (consulté le 29 septembre 2015).

¹⁵⁰⁴ D'après https://fr.wikipedia.org/wiki/R%C3%A9serve_mondiale_de_semences_du_Svalbard (consulté le 29 septembre 2015).

La gestion de la Réserve du Svalbard revient donc à ce Fonds fiduciaire¹⁵⁰⁵ fondé par la FAO et par un organisme émanant du CGIAR (the International Plant Genetic Research Institute) après l'entrée en vigueur en 2004 du Traité international sur les ressources phytogénétiques pour l'agriculture et l'alimentation. Le Fonds fiduciaire a pour objectif, dans le cadre de ce Traité qui établit un système multilatéral d'accès facilité aux ressources phytogénétiques d'une soixantaine d'espèces cultivées prioritaires, de développer une structure qui permette aux banques de semences mondiales d'intégrer leurs collections et de partager l'information sur ces collections. Ce Fonds finance les 11 banques génétiques jugées les plus importantes du monde (dont les collections sont détenues en fiducie pour la communauté internationale) à travers un programme de recherche du CGIAR¹⁵⁰⁶. Ce Fonds a également co-développé Genesys, un portail en ligne qui rassemble les informations de nombreuses banques de données de banques génétiques. Enfin, il doit veiller « à ce que les semences collectées puissent être croisées avec des variétés existantes, pour déterminer si les caractéristiques d'intérêt peuvent être introduites effectivement dans les plantes domestiquées¹⁵⁰⁷ » : tant le CGIAR que le Fonds fiduciaire reconnaissent que ces banques de semences servent à chercher des variétés ou des gènes qui permettront d'améliorer les rendements dans le contexte du changement climatique¹⁵⁰⁸.

Les semences de la Réserve de Svalbard ne sont pas pour autant accessibles aux paysans du monde entier. En effet, il ne s'agit que d'un stockage de sauvegarde : « Chaque pays ou institution reste le détenteur et contrôle l'accès aux semences qu'il a déposées. Ce système de boîte noire implique que le déposant est la seule personne qui puisse retirer les semences et ouvrir les boîtes. Si un déposant a besoin de retirer les semences pour quelque raison que ce soit, la boîte entière est retournée »¹⁵⁰⁹.

Bien que la FAO indique : « Le Fonds fournira un financement continu permettant aux agriculteurs et aux éleveurs de puiser dans ces collections pour améliorer les cultures et renforcer la sécurité alimentaire¹⁵¹⁰ » et que l'Accord portant sur la création de ce Fonds ait pour objectif de « promouvoir la mise à disposition des ressources phytogénétiques pour l'alimentation et

¹⁵⁰⁵ Voir l'Accord portant sur la création du Fonds fiduciaire mondial pour la diversité des cultures, entré en vigueur en 2004 : site de la FAO, http://www.fao.org/fileadmin/user_upload/legal/docs/034t-f.pdf (consulté le 29 septembre 2015).

¹⁵⁰⁶ Le CGIAR Research Program for Managing and Sustaining Crop Collections.

¹⁵⁰⁷ Site du Fonds fiduciaire pour la diversité des cultures: <https://www.croptrust.org/what-we-do/?lang=fr> (consulté le 29 septembre 2015).

¹⁵⁰⁸ « Les banques de gènes du CGIAR sauvegardent les collections de semences agricoles les plus grandes et les plus diverses du monde, semences agricoles indispensables à la sécurité alimentaire de demain, incluant les gènes qui confèrent des résistances aux maladies, aux différences de température, aux inondations, à la sécheresse et à d'autres stress »: site du CGIAR, https://library.cgiar.org/bitstream/handle/10947/3042/Les%2016%20programmes%20de%20recherche%20du%20CGIAR_Fiche3.pdf?sequence=1 (consulté le 29 septembre 2015).

¹⁵⁰⁹ Site du Fonds fiduciaire pour la diversité des cultures: <https://www.croptrust.org/what-we-do/svalbard-global-seed-vault/?lang=fr> (consulté le 29 septembre 2015).

¹⁵¹⁰ Site de la FAO: ftp://ftp.fao.org/ag/agp/planttreaty/factsheets/fs03_fr.pdf (consulté le 29 septembre 2015).

l'agriculture¹⁵¹¹», l'accès aux banques de semences internationales semble davantage destiné aux chercheurs et aux entreprises de sélection qu'aux agriculteurs.

Un des objectifs du Traité sur les ressources phytogénétiques pour l'agriculture et l'alimentation était pourtant le partage des avantages avec les agriculteurs. Un Fonds fiduciaire pour le partage des avantages a d'ailleurs été institué dans cette optique. En réalité, ce second Fonds contribue, comme les autres mécanismes décrits ici, à collecter des variétés cultivées par les paysans, à sélectionner de nouvelles variétés et à faire adopter ces variétés améliorées aux agriculteurs, ainsi « bénéficiaires du partage d'avantages¹⁵¹² ».

Comme l'explique Frédéric Thomas¹⁵¹³, « Dans l'esprit du Traité, le partage des avantages, c'est avant tout le système multilatéral lui-même. (...) L'article 13 dit explicitement que ce qu'il faut entendre par avantage est l'accès facilité lui-même, c'est-à-dire l'accès gratuit aux ressources génétiques versées dans le système multilatéral ». Or, à qui profite la mutualisation des ressources ? Les principaux utilisateurs du système multilatéral ne sont pas les paysans, mais les scientifiques et les industriels¹⁵¹⁴ : « On peut bien sûr considérer que les agriculteurs sont inclus dans le partage des avantages en tant qu'utilisateurs finaux des variétés industrielles. Mais un tel raisonnement consiste à dire aux communautés rurales que le partage des avantages, c'est le progrès scientifique général. Ce raisonnement constitue un retour vers une conception impérialiste de la justice (...), sans compter que ce « progrès scientifique » (...) est désormais payant sous la forme de variétés privées de plus en plus chères ».

¹⁵¹¹ Article 2.2.d : site de la FAO, http://www.fao.org/fileadmin/user_upload/legal/docs/034t-f.pdf (consulté le 29 septembre 2015).

¹⁵¹² « Pour assurer la pérennité de ses efforts, le Fonds se concentre surtout sur le renforcement des capacités des pays en développement (...) en rendant les technologies appropriées disponibles pour la conservation et l'utilisation durable de cette diversité. (...) Ce Fonds vise à accélérer la conservation et l'utilisation des ressources génétiques végétales à l'échelle mondiale par le biais du transfert de technologie (...) et des partenariats innovants associant agriculteurs, sélectionneurs, société civile et autres parties prenantes. (...) Il privilégie les projets qui (...) augmentent la sécurité alimentaire, en particulier pour les communautés locales dans le monde en développement qui ont le plus à souffrir des effets inévitables du changement climatique. Le Fonds peut et doit aider à garder les agriculteurs en avance sur les courbes de changement climatique, et travaille maintenant à produire des graines qui seront adaptés à prospérer dans des conditions beaucoup plus sévères dans le futur » : site du Traité international sur les ressources phytogénétiques : <http://www.planttreaty.org/fr/content/le-fonds-de-partage-des-avantages-accueil>. « De 2009 à 2011, le Fonds de partage des avantages (...) a soutenu la collecte de plus de 360 variétés traditionnelles et de plantes sauvages apparentées aux espèces cultivées (...) Il a contribué aux activités d'identification et/ou de sélection de plus de 270 accessions – présentant des rendements élevés, des résistances au changement climatique, des tolérances concernant les maladies des plantes cultivées, ou un ensemble de ceux-ci – et a permis de distribuer des plants à plus de 1800 agriculteurs » : site de la FAO, http://www.fao.org/agriculture/crops/nouvelles-evenements-bulletins/detail/fr/item/171757/icode/?no_cache=1 (pages consultées le 25 septembre 2015). Comme l'explique F. Thomas, *op. cit.*, p. 98, ce Fonds devait être alimenté par une taxe sur les produits commercialisés. Mais les variétés végétales protégées par un COV ne sont pas soumises à cette obligation de taxation. Dès lors, ce sont les Etats qui financent effectivement le Fonds. Bien qu'on ne connaisse pas le détail des contributions des Etats, celles-ci seraient loin d'être conséquentes. Elles équivaldraient à quelques millions de dollars américains qui ont permis de financer quelques projets de conservation *in situ*.

¹⁵¹³ F. Thomas, *Les éthiques du partage des avantages dans la gouvernance internationale de la biodiversité sauvage et cultivée*, in *Éthique publique*, vol. 16, n°1, 2014.

Quant au Fonds fiduciaire de partage des avantages destiné à financer des programmes de conservation *in situ* dans les pays en développement, il aurait dû être en partie alimenté par une taxe sur les produits commercialisés issus des ressources du système multilatéral et protégés par des droits de propriété intellectuelle (à l'exception des COV) (article 13). Mais ce Fonds n'est finalement guère alimenté par ce biais, et ce sont les Etats qui assurent l'essentiel de son financement. Seuls une vingtaine de projets d'un montant maximal de 50 000 dollars ont ainsi pu être financés entre 2009 et 2014 par ce Fonds, ce qui n'est guère ambitieux par rapport aux sommes astronomiques que le libre accès aux ressources génétiques engendre pour les industries semencières et les entreprises biotechnologiques. Comme l'exprime sans ambages F. Thomas : « Le Traité, qui *prima facies* semble vouloir réintroduire des principes altruistes de mutualisation des ressources face à la privatisation du vivant, repose en fait sur une conception libertarienne de la justice qui laisse aux opérateurs industriels une totale liberté en matière d'accès aux ressources génétiques sans aucune contrepartie de partage pour les paysans (nonobstant le symbolique fonds de partage des avantages). (...) La FAO (...) érige les ressources génétiques agricoles en un bien public mondial qui empêche la reconnaissance des droits collectifs des communautés rurales sur leurs variétés locales¹⁵¹⁵ ».

Pour sortir de cette conception libertarienne de la justice, la piste la plus sérieuse, ajoute F. Thomas, serait de permettre aux agriculteurs de produire, d'échanger et de multiplier leurs semences de ferme : « Il ne serait alors plus légitime de considérer les semences de ferme comme une violation des droits de propriété industrielle des sélectionneurs. Cette concurrence deviendrait tout simplement le prix du partage des avantages, le prix d'une vision plus équitable de la répartition de la rente. (...) La liberté des agriculteurs de produire leurs semences est juste, car elle rétablit une égalité des droits entre les agriculteurs et les industriels (...) ¹⁵¹⁶ ». Pour l'Observatoire du droit à l'alimentation et à la nutrition, les solutions résident en effet d'une part dans la défense des semences comme patrimoine collectif, dans la reconnaissance des droits des paysans à développer (de manière participative, dans le cadre de la recherche publique ou entre paysans), utiliser et échanger librement leurs semences, mais aussi dans la commercialisation large de semences libres de droits de propriété intellectuelle et d'interventions biotechnologiques (et non dans la limitation des quantités commercialisées ou de la taille des opérateurs qui les commercialisent), et enfin dans la reconstruction d'une multitude de systèmes semenciers territorialisés, gérés localement par les paysans et les communautés¹⁵¹⁷ (pour que les semences se retrouvent dans les mains des paysans, de plus en plus d'associations ont d'ailleurs initié un travail de promotion et de conservation de semences paysannes). Néanmoins, comme nous le

¹⁵¹⁴ Le partage semble en effet inégal : « L'association de conservation *in situ* sur le terrain, y compris au sein de banques de graines communautaires, et *ex situ* dans les banques de gènes internationales, alliant tradition séculaire et science de pointe, a abouti. Les agriculteurs locaux cultivant des variétés d'antan que l'on croyait disparues à jamais partagent leur collection de pommes de terre – ce bien commun mondial – avec le monde entier, et s'assurent ainsi de leur pérennité grâce aux duplicatas mis à l'abri sous les glaces de l'archipel du Svalbard » : site de la FAO, <http://www.fao.org/news/story/fr/item/326392/icode/> (consulté le 29 septembre 2015).

¹⁵¹⁵ F. Thomas, *op. cit.*

¹⁵¹⁶ *Ibidem.*

montrons tout au long de ce chapitre, les certificats d'obtention végétale, les brevets, les hybrides F1, les OGM potentiellement contaminants, les catalogues de variétés, les normes phytosanitaires, la privatisation des contrôles, les accords de libre-échange restreignent de plus en plus cette liberté de la conservation *in situ* à la ferme directement par les agriculteurs, ainsi que la commercialisation à grande échelle de semences libres de droits de propriété intellectuelle et d'interventions biotechnologiques.

Parmi les critiques à l'égard de l'accent prioritaire mis, dans les politiques de préservation de la biodiversité, sur les politiques de conservation *ex situ* dans des banques de semences, on retrouve plusieurs autres arguments : comme le remarque l'ONG GRAIN, ces banques donnent un faux sentiment de sécurité, alors que la diversité génétique continue de s'éroder dans les champs des paysans ; les semences conservées *ex situ* ne s'adaptent plus aux conditions environnementales, et ne remplacent pas des populations de milliards d'organismes se reproduisant annuellement ; les paysans n'ont pas réellement accès aux banques de semences¹⁵¹⁸ ; celles-ci ne sont pas toujours un remède immédiat en temps de crise, car elles stockent de petites quantités de chaque type de semence (les banques communautaires en stockent des volumes plus importants) ; dans un monde où les financements se font rares, le Fonds fiduciaire mondial pour la diversité des cultures accorde ses ressources à une douzaine de banques de semences jugées les plus importantes, au détriment des banques des pays en développement (ou encore des banques communautaires) qui ont peu de moyens, mais qui sont essentielles pour la conservation des semences locales ; les banques de semences publiques des pays du Sud, justement, pourraient se voir menacées à moyen terme par manque de financement et de volonté politique, ou lors de conflits politiques ; par ailleurs, les gènes, une fois modifiés ou simplement décrits, peuvent faire l'objet de brevets, ce qui peut avoir pour effet de restreindre par la suite l'accès libre à la ressource ; enfin, l'injustice vis-à-vis des paysans est d'autant plus grande que l'industrie a puisé dans le réservoir public pour constituer ses propres banques de semences privées¹⁵¹⁹.

En conclusion, la préservation *in situ*, indispensable aux petits agriculteurs qui constituent la majorité des agriculteurs dans le monde, et indispensable dans l'optique d'une agriculture soutenable au Nord comme au Sud est institutionnellement négligée et même entravée au profit de

¹⁵¹⁷ Et aussi dans la participation des organisations paysannes à la définition des règles et des lois qui déterminent l'accès aux ressources génétiques, dans la surveillance citoyenne des discussions portant sur les politiques publiques en matière de biodiversité agricole, et dans la résistance aux actions d'appropriation de semences par l'industrie : G. Kastler, A. Onorati et B. Brac, *Semences et autonomie paysanne*, in *L'Observatoire du droit à l'alimentation et à la nutrition*, 2013. On pourrait ajouter, parmi les pistes de solution, la nécessité d'une réorientation des recherches publiques.

¹⁵¹⁸ « L'accès aux collections *ex situ* est formalisé au travers de contrats tant pour les banques publiques que privées. La disponibilité pour le paysan des semences stockées dans ces banques de semences est quasi nulle sauf exception, comme c'est le cas dans les programmes de recherches participatives. (...) Il est regrettable que le paysan soit tant déconnecté de la conservation *ex situ*, alors que les sources de semences qui alimentent le système dépendent surtout de lui » : D. Bazile, E. A. Martinez, H. Coulibaly, *Droits des agriculteurs sur leurs semences*, in *Grain de sel*, n° 52-53, octobre 2010 – mars 2011.

¹⁵¹⁹ G. Kastler, *op. cit.*

la préservation *ex situ*, essentiellement profitable aux semenciers et entreprises de biotechnologies.

En témoignent encore les rapports de la FAO sur l'état de la conservation des ressources phytogénétiques dans le monde. Après un premier rapport en 1996, puis un second en 2009¹⁵²⁰, un troisième rapport est en cours d'élaboration¹⁵²¹. Dans ce troisième rapport, on réfléchit un peu à l'établissement d'un réseau mondial pour la conservation *in situ*, à la gestion à la ferme des ressources phytogénétiques¹⁵²², ainsi qu'au partage des avantages¹⁵²³, mais l'objectif premier et déclaré de la FAO réside dans le développement et la diffusion des biotechnologies¹⁵²⁴.

Parmi les évolutions problématiques pour la préservation de la biodiversité agricole, nous avons également identifié le droit communautaire des semences : nous y consacrons un rapide développement dans les pages qui suivent.

2) Aperçu de l'évolution du droit communautaire européen des semences et de ses impacts

¹⁵²⁰ *Deuxième Rapport sur l'état des ressources phytogénétiques pour l'alimentation et l'agriculture dans le monde*, 2010, chapitre 1 portant sur l'état de la biodiversité et de la conservation *in situ*.

¹⁵²¹ *Rapport de la septième session du groupe de travail technique intergouvernemental sur les ressources phytogénétiques pour l'alimentation et l'agriculture*, juillet 2014 : <http://www.fao.org/3/a-ml096f.pdf> (consulté le 29 septembre 2015).

¹⁵²² CGRFA/WG-PGR-7/14/Inf.3: *Concept note on global networking on in situ conservation and on-farm management of plant genetic resources for food and agriculture*.

¹⁵²³ CGRFA/WG-PGR-7/14/8 : *Ressources phytogénétiques, accès et partage des avantages*.

¹⁵²⁴ « Le Groupe de travail a examiné le document « Application et intégration des biotechnologies aux fins de la conservation et de l'utilisation durable des ressources génétiques pour l'alimentation et l'agriculture » (CGRFA/WG-PGR-7/14/7). Il a fait valoir l'importance des biotechnologies s'agissant de caractériser les ressources phytogénétiques pour l'alimentation et l'agriculture, notamment des outils moléculaires, qui permettent de caractériser le matériel génétique conservé dans des banques de gènes, et aussi s'agissant du changement climatique. (...) 39. Le Groupe de travail a recommandé que la Commission demande à la FAO de poursuivre ses efforts afin de: i. renforcer les capacités nationales et régionales des pays en développement pour favoriser le développement et l'utilisation appropriée des biotechnologies dans les domaines de la caractérisation, conservation et utilisation des ressources génétiques pour l'alimentation et l'agriculture, en prenant en considération les avantages et les risques pertinents, ainsi que les dispositions légales à l'échelle nationale; ii. renforcer ses activités en vue d'assurer la diffusion régulière d'informations factuelles et à jour sur le rôle des biotechnologies aux fins de la caractérisation, de la conservation et de l'utilisation des ressources génétiques pour l'alimentation et l'agriculture, en utilisant à cet effet les bases de données, les réseaux et les bulletins d'information déjà existants et en veillant également à tenir le public informé de l'évolution des biotechnologies; et iii. étudier les mécanismes susceptibles de servir à une coopération future avec les organisations internationales pertinentes, notamment en vue de favoriser la coopération Nord-Sud et Sud-Sud sur la question des avantages et des risques des biotechnologies et de l'usage des biotechnologies appropriées pour la caractérisation, la conservation et l'utilisation des ressources génétiques pour l'alimentation et l'agriculture » : *Rapport de la septième session du groupe de travail technique intergouvernemental sur les ressources phytogénétiques pour l'alimentation et l'agriculture*, juillet 2014, <http://www.fao.org/3/a-ml096f.pdf> (consulté le 29 septembre 2015).

La réglementation des semences vise au départ à éviter les marchés de dupes : semences qui ne germent pas, mélanges trompeurs de semences, etc. Mais le droit des semences n'a pas que des impacts positifs. Ses impacts sont même particulièrement négatifs sur le commerce de certaines semences, en particulier les semences locales, anciennes, de conservation¹⁵²⁵, du domaine public, etc. Cette question mériterait d'être développée amplement, mais nous ferait nous éloigner de la thématique première de cette recherche qui est la propriété intellectuelle. Nous livrerons donc ici, à partir du droit communautaire pris à titre d'exemple, uniquement quelques éléments importants relatifs à cette question, sachant que celle-ci est tout aussi primordiale pour l'avenir des semences que la question de l'évolution du droit de la propriété intellectuelle, mais aussi que celles des banques de semences, de l'agriculture intensive, de la dissémination des cultures génétiquement modifiées et de l'accaparement des terres, cette dernière problématique étant abordée, elle aussi rapidement, avant de conclure ce chapitre.

En droit communautaire, certaines espèces sont réglementées, et d'autres non. Les variétés non réglementées doivent seulement se conformer à certaines conditions de commercialisation. Les variétés réglementées, prédominantes, sont soumises à trois types de règles : des règles en matière de commercialisation des semences, des règles concernant l'autorisation de mise sur le marché (AMM) (ou inscription au catalogue) et des règles concernant la production, le contrôle et la certification de semences. Plusieurs directives européennes déterminent les espèces réglementées. Toutes les variétés des espèces concernées par ces directives doivent faire l'objet d'une autorisation de mise sur le marché dans au moins un Etat membre, c'est-à-dire être inscrites dans au moins un catalogue national. Elles figurent alors au catalogue communautaire et peuvent circuler librement sur le marché commun. Nous n'aborderons que les règles en matière d'autorisation de mise sur le marché, sans entrer néanmoins dans toute leur complexité.

L'inscription au catalogue est une forme d'autorisation de mise sur le marché. Elle concerne toutes les variétés réglementées, qu'il s'agisse de variétés protégées par des droits de propriété intellectuelle ou de variétés du domaine public. L'arrêt européen Kokopelli du 12 juillet 2012 confirme que toute semence¹⁵²⁶ doit être inscrite au catalogue des semences pour être commercialisée¹⁵²⁷. L'objectif de cette autorisation de mise sur le marché sur les semences n'est pas sanitaire. L'inscription au catalogue sert à identifier les variétés mises sur le marché en leur donnant un nom et en leur appliquant les critères de distinction, d'homogénéité et de stabilité

¹⁵²⁵ Les semences de conservation sont les « races primitives et variétés agricoles naturellement adaptées aux conditions locales et régionales et menacées d'érosion génétique » : Réseau Semences paysannes, *Les variétés de conservation : une toute petite partie de la réponse*, in *Bulletin de liaison* n° 33.

¹⁵²⁶ Les OGM, quant à eux, devront subir, en plus de cette inscription au catalogue, une autre procédure d'AMM. Comme le montre Anvar, *op.cit.*, l'inscription d'une variété OGM est plus complexe : l'événement GM doit subir une AMM, puis les plantes peuvent être inscrites au catalogue pour 10 ans. L'inscription de toutes les plantes porteuses de cet événement GM prendra fin dix ans après l'inscription de la première plante portant l'événement GM. L'événement GM doit subir une seconde AMM pour que les plantes qui le contiennent puissent être prolongées. Dans le catalogue, il n'est pas indiqué en quoi les plantes sont GM (ex. MON 810). Par conséquent, il est difficile de retrouver la première inscription d'une plante contenant tel événement GM.

¹⁵²⁷ Voir l'arrêt Kokopelli sur le site consacré à la jurisprudence de la Cour de justice européenne : <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=125002&doclang=FR> (consulté le 1/02/2016).

(critères DHS) et les critères de valeur culturelle et d'utilisation suffisante (critères VCU)¹⁵²⁸, dont le principal est la productivité.

Pour être commercialisée, comme pour être protégée par un droit d'obtention végétale, une variété doit satisfaire aux critères DHS (distinction-homogénéité-stabilité).

Le premier critère, celui de la distinction, signifie que la variété doit être distincte des autres par un ou plusieurs caractères importants¹⁵²⁹.

Le second critère, celui de l'homogénéité, signifie que chaque individu d'une même variété doit ressembler aux autres. Ce critère exclut donc les variétés-population¹⁵³⁰. On critique souvent la pertinence de ce critère en rappelant que l'absence d'hétérogénéité nuit à la capacité d'adaptation et de résistance de la variété, une certaine diversité dans la variété conférant une meilleure adaptabilité. De ce point de vue, un mélange de lignées est en effet plus efficace qu'une variété homogène. En présence de maladies fongiques, par exemple, un mélange de lignées tolérantes et résistantes est plus adapté que des lignées exclusivement résistantes, car la résistance sera rapidement contournée. Face aux conditions climatiques difficiles, aux maladies et aux attaques d'insectes ou de parasites, les variétés homogènes ne sont pas supérieures aux variétés hétérogènes. Pour cette raison, de nombreux agriculteurs, de petites industries et une partie de l'opinion publique sensibilisée à la question réclament l'hétérogénéité des semences, celle-ci pouvant contribuer à des pratiques agricoles plus écologiques.

L'homogénéité n'est donc pas justifiée par la supériorité biologique des variétés homogènes, mais par une logique industrielle¹⁵³¹ : elle facilite en effet le travail mécanique lors du semis, du traitement phytosanitaire et de la moisson, ainsi que la vente aux entreprises agroalimentaires. Pourtant, l'homogénéité peut aussi être un désavantage d'un point de vue pratique : le fait que la totalité de la culture arrive à maturation en même temps, par exemple, ne comporte d'intérêt que pour certaines cultures (ex. maïs) et pratiques alimentaires, mais pas pour d'autres (ex. tomates). Mais ce critère permet surtout d'exclure du marché de nombreuses

¹⁵²⁸ VCU en droit communautaire (critères de valeur culturelle et d'utilisation suffisante) ; VAT en droit français (critères de valeur agronomique et technologique pour les espèces en grande culture).

¹⁵²⁹ Selon Anvar, *op.cit.*, en France, le critère de distinction est confondu, dans les examens de la variété préalable à son inscription au catalogue, avec le critère de nouveauté. Cela contribue à empêcher l'inscription de variétés du domaine public, dont les agriculteurs pourraient reproduire eux-mêmes les semences.

¹⁵³⁰ « Pour qualifier les semences paysannes on parle couramment de variétés-population afin de marquer l'importance de la diversité génétique au sein même de la variété. Une variété population est constituée d'individus tous différents génétiquement qui se multiplient en pollinisation libre. Contrairement aux hybrides, elles peuvent se ressemer d'une année sur l'autre et continuer à évoluer au fil du temps. On parle aussi de variétés de terroir ou de pays pour marquer leur capacité à s'adapter à un milieu particulier. Les semences paysannes sont des variétés qui ne sont ni inscrites au catalogue officiel ni protégées par un COV. (...) Elles sont libres de droit et relèvent des ressources phylogénétiques patrimoniales, il est donc possible de les ressemer mais il est interdit de les vendre, de les échanger ou de les donner en tant que semences » : site d'Initiatives pour une agriculture citoyenne et territoriale : <http://inpact37.org/inpact37.php?idcontenu=124&profil=paysan> (consulté le 1/2/2016).

¹⁵³¹ Selon Anvar, *op.cit.*, ce critère a permis à la France d'interdire les importations de variétés non DHS.

variétés cultivables concurrentes, au profit de plantes qui proviennent de ou conviennent à l'industrie agro-alimentaire.

Enfin, le troisième critère, celui de la stabilité, signifie que les caractéristiques de la variété se retrouvent à chaque utilisation après reproduction et multiplications successives. Ce critère a manifestement pour objectif de satisfaire l'intérêt des obtenteurs qui ont besoin que leurs variétés protégées restent stables pour conserver leurs droits sur elles. Pourtant, l'objectif premier du catalogue ne devrait pas être de contenter les obtenteurs, mais bien de satisfaire les intérêts des agriculteurs. Ce critère de stabilité conduit à sélectionner des variétés avec très peu de variabilité (et donc à perdre une certaine adaptabilité naturelle de la variété) et à favoriser les hybrides, qui sont des structures génétiques plus stables. Aujourd'hui, de nombreuses variétés de grandes cultures sont des hybrides F1 (et non d'autres structures génétiques, comme les populations, lignées, associations, etc.). J.P. Berlan a d'ailleurs démontré que le choix de produire des hybrides a été dicté par le souci de créer un marché captif pour les agriculteurs qui ne pouvaient ainsi plus reproduire la semence¹⁵³².

Les critères DHS étant aussi ceux du certificat d'obtention, il en résulte que les objectifs de l'autorisation de mise sur le marché et du droit d'obtention végétale sont confondus et, qu'en pratique, l'intérêt de l'obtenteur semble premier par rapport à celui de l'agriculteur. Selon le Groupement national interprofessionnel des semences français (GNIS), sous prétexte qu'on ne pourrait identifier une variété non stable et non homogène, modifier les critères DHS remettrait en question le droit d'obtention végétale et mettrait en péril le travail des obtenteurs. Pourtant, depuis toujours, les agriculteurs identifient des variétés-populations non homogènes et non stables en se fondant sur d'autres critères moins précis. En réalité, on pourrait très bien modifier les critères DHS pour l'autorisation de mise sur le marché, puisqu'il ne s'agit pas de la même réglementation que le droit d'obtention végétale.

Venons-en aux critères VCU (critères de valeur culturale et d'utilisation suffisante). Au cœur des critères VCU se trouve non pas la résistance à une maladie, l'adaptabilité ou la reproductibilité, mais la productivité : selon le Groupe d'étude et de contrôle des variétés et des semences français (GEVES), en effet, le premier objectif du catalogue est le progrès génétique. Par conséquent, ces critères VCU posent eux aussi problème, car des variétés moins productives, mais qui manifestent des caractéristiques intéressantes (comme par exemple des variétés plus résistantes ou adaptées à moins d'intrants) peuvent se voir refuser l'inscription au catalogue, alors que l'utilisation de telles variétés peut présenter un intérêt¹⁵³³. Cela peut constituer un problème pour l'agriculture biologique, notamment.

¹⁵³² J.-P. Berlan, *Recherche sur l'économie politique d'un changement technique : le maïs hybride*, Faculté de sciences économiques, Université Aix-Marseille, 1987.

¹⁵³³ Il a été démontré qu'avant 2008 et la hausse des prix des denrées alimentaires, le bénéfice net était supérieur pour les agriculteurs qui utilisent leurs variétés et moins d'intrants que pour les agriculteurs qui utilisent les variétés nécessitant beaucoup d'intrants: Anvar, *op. cit.*, 257-258.

Lors des examens de la variété, les essais sont réalisés en comparaison avec des variétés-témoins très productives. Ces épreuves VUC sont standardisées : elles se font en conditions optimales avec intrants, ce qui ne permet pas d'apercevoir certaines qualités des variétés qui nécessitent de faibles intrants ou qui résistent bien à telle ou telle condition environnementale. En outre, le critère de productivité est le premier critère testé (il est testé la première année en France) ; les autres ne le sont par la suite (la 2^{ème} année en France) que si la variété a passé cette première épreuve. Plutôt que des procédures standardisées qui, de par leur conception, vont exclure toute variété moins productive que les variétés-témoins, il serait plus judicieux d'intégrer aux épreuves différents scénarios de milieux et de systèmes de culture afin d'être en mesure d'apercevoir les qualités des variétés testées.

La conséquence de l'application de ces critères est, une fois de plus, que la concurrence de toutes les variétés et de tous les acteurs qui ne s'inscrivent pas dans ce cadre productiviste est supprimée. On peut donc affirmer que ces critères, tout comme les précédents, sont défavorables à la diversité des semences, car le sélectionneur n'est pas incité à produire des variétés plus résistantes ou dotées de qualités autres que la productivité, et sont un obstacle à une agriculture plus écologique. Cette situation est d'autant plus regrettable et paradoxale que, lors d'apparition de résistances de parasites (lorsqu'apparaissent de nouvelles races de mildiou, par exemple), il est conseillé aux agriculteurs de diversifier les variétés¹⁵³⁴.

De manière générale, en matière d'autorisation de mise sur le marché, beaucoup déplorent la lourdeur et la longueur des formalités administratives, excessives pour les espèces qui ne feront pas l'objet d'une large exploitation, et qui aboutissent à exclure les petits obtenteurs et les agriculteurs qui souhaiteraient simplement mettre au point des variétés à échanger entre eux. Pour les variétés sélectionnées pour l'agriculture biologique, la procédure est plus longue encore, et par conséquent encore plus coûteuse. Des formalités administratives, techniques et financières sont également requises pour le maintien au catalogue, car une variété est inscrite pour dix ans et ne peut être renouvelée pour des périodes plus courtes qu'à condition d'être toujours cultivée ou d'être utilisée à des fins de conservation. Par ailleurs, les plantes doivent rester DHS et des droits annuels sont perçus, ce qui exclut de nouveau les petits acteurs.

D'autre part, quand une espèce est inscrite au catalogue (à la demande de quelques acteurs économiques ou d'un État), toutes les variétés de cette espèce doivent l'être pour être commercialisées, ce qui induit de lourdes formalités administratives, techniques et financières. Du coup, beaucoup d'espèces n'ont qu'une ou très peu de variétés inscrites au catalogue national ou au catalogue commun. Les régimes d'AMM peuvent donc créer ou renforcer des situations de monopole ou de quasi-monopole (en cas d'absence de concurrence), ce qui peut poser des

¹⁵³⁴ Ce chercheur le confirme : « La mise sous contrôle des semences de ferme a débuté par la création de semences certifiées qui doivent être inscrites dans un catalogue pour la plupart des variétés (...) » et il ajoute que « Par la suite, la politique agricole commune au sein de l'Union européenne a subordonné depuis le règlement PAC de 1994, certaines subventions PAC à l'utilisation de semences certifiées ce qui correspond en même temps à un transfert financier vers le semencier » : P. Reis, *Les exceptions au monopole dans le Traité UPOV : le cas des semences de ferme ou le prétendu privilège de l'agriculteur*, Universidad de Costa Rica, in *Les aspects juridiques de la valorisation des denrées alimentaires*, Sieden Costa Rica, p.114-129, 2011.

problèmes aux agriculteurs qui ne trouvent pas toujours de semences pour la variété ou l'espèce qu'ils désirent.

Concernant les variétés locales et anciennes, le droit communautaire prévoit quelques dérogations (voir les directives 98/95/CE et 2009/145), mais uniquement pour les variétés menacées d'extinction et pour la conservation *in situ*, et non pour toutes les variétés locales.

Par conséquent, peut-on soutenir que l'inscription au catalogue donne la garantie de variétés mieux adaptées et d'un meilleur choix pour les agriculteurs ?

Ce qui est certain, c'est que les semences s'en trouvent plus chères. Par exemple, l'obligation d'inscription au catalogue est peu judicieuse pour les semences nécessaires pour faire de l'engrais vert (ex. blé ou moutarde) : les semences doivent être certifiées et sont donc chères, ce qui rend l'engrais vert économiquement peu viable¹⁵³⁵.

Par ailleurs, l'inscription au catalogue est fermée aux variétés à bas intrants. Actuellement le choix est limité aux variétés dont le potentiel génétique s'exprime en association avec des intrants, engrais, pesticides, herbicides.

Les conséquences sont importantes également pour les variétés du domaine public. Cette catégorie regroupe toutes les variétés qui ne sont pas ou qui ne sont plus protégées par un droit de propriété intellectuelle. Un grand nombre de variétés du domaine public ne sont pas inscrites au catalogue, ce qui implique, pour les espèces réglementées, qu'elles ne peuvent pas être commercialisées. Si de nombreuses espèces du domaine public ne sont pas inscrites au catalogue, c'est parce que d'une part cette inscription a un coût et que celui qui inscrit une variété du domaine public ne récolte pas le monopole de son exploitation (donc il y perd le coût d'inscription et de maintien de la variété), et d'autre part parce que toute variété inscrite au catalogue doit satisfaire aux critères DHS, critères que ne remplissent pas bon nombre de variétés (les variétés-populations) et qu'il n'est d'ailleurs pas souhaitable de satisfaire pour toutes les variétés. Certains groupes inscrivent toutefois des variétés du domaine public rentables, d'autres contestent et refusent cette logique (par exemple l'association Kokopelli)¹⁵³⁶. Par ailleurs, l'obtenteur dont une variété tombe dans le domaine public n'a pas intérêt à la maintenir dans le catalogue officiel car, de nouveau, cela a un coût, et ces variétés généreront moins de bénéfices que des variétés protégées ou difficilement reproductibles. De façon générale, il y a donc peu d'intérêt à produire

¹⁵³⁵ Par exemple, la phacélie est utilisée comme engrais vert en l'agriculteur biologique, mais elle a été inscrite au catalogue français avec une seule variété protégée par COV. Du coup, seul l'obtenteur et ses licenciés peuvent la commercialiser, vendre des graines non certifiées étant désormais illégal. Cette situation provoque une hausse des frais de production.

¹⁵³⁶ Inscrire des variétés du domaine public au catalogue est d'autant plus compliqué qu'on pourrait penser qu'il suffit qu'une variété ait été divulguée (publiée) ou commercialisée pour bénéficier du statut de variété du domaine public, mais depuis la Convention UPOV de 1991, la notion de *variété notoirement connue* a été modifiée et la divulgation dans une publication n'est plus un acte qui détruit la nouveauté (dans la convention UPOV de 1978 (article 6), il suffisait que cette variété ait fait l'objet d'une description précise dans une publication). Il en va de même pour le règlement 2100/94/CE.

des semences librement reproductibles. Certaines entreprises font même radier leur variété du catalogue avant qu'elle ne tombe dans le domaine public.

Pourtant, la commercialisation de variétés du domaine public aurait ses avantages : elle procurerait davantage d'indépendance (financière et de choix) aux agriculteurs, et la société bénéficierait de produits alimentaires moins chers (sans redevances). Pour Anvar, on pourrait imaginer que l'État inscrive ou maintienne des variétés dans le domaine public. Mais on pourrait également revendiquer que l'inscription au catalogue ne soit pas payante et ne requière pas que les variétés inscrites satisfassent aux critères DHS.

Que nous réserve l'avenir sur cette question ? Une Proposition de Règlement relatif à la production et la mise à disposition sur le marché de matériel de reproduction des végétaux avait été présentée en mai 2013 par la Commission européenne. Elle faisait partie d'un paquet de cinq propositions conçues dans le cadre du Programme européen baptisé *Better Regulation*¹⁵³⁷. En mars 2014, cette proposition a été rejetée par le Parlement européen par 650 voix contre 15. En décembre 2014, la Commission a retiré cette proposition de son programme de travail. Si ce Règlement avait été accepté, c'était l'Office communautaire des variétés végétales (OCVV)¹⁵³⁸, organisme de gestion du système européen de protection des obtentions végétales, qui aurait géré, en plus de sa mission initiale, le catalogue européen des variétés. Faut-il en conclure que le catalogue européen des variétés est appelé à devenir essentiellement celui des variétés protégées par des droits d'obtention végétale ? Ce n'est en tout cas pas une hypothèse hors de propos : comme le montre le développement qui précède, c'est une tendance qui se dessine déjà.

On pouvait lire dans la Proposition de Règlement que les semences hétérogènes auraient pu être commercialisées : les variétés de niche, les variétés traditionnelles, telles que les variétés de conservation, y compris les races primitives ou les variétés « amateurs », n'auraient plus dû satisfaire aux critères DHS¹⁵³⁹, mais auraient pu être enregistrées sur base d'une « description officiellement reconnue ». S'agissait-il d'une évolution intéressante pour les variétés paysannes et les sélections adaptées à l'agriculture biologique qui ne sont pas homogènes ? Ce n'était pas l'avis du Réseau Semences paysannes ni de Via Campesina qui estimaient que « aussi simplifiés soient-ils, le coût, la bureaucratie et les normes d'enregistrement continueront de contribuer à la disparition des variétés paysannes anciennes et actuelles ». Et, effectivement, à la lecture du considérant 27 de la Proposition de Règlement, il semblait entendu que les variétés concernées par cette exception devaient rester dans le cadre bien défini de marchés de niche et ne pouvaient

¹⁵³⁷ Ce programme *Meilleure réglementation* a fait l'objet de certaines critiques, notamment dans L. Vogel, E. Van Den Abele, *Better Regulation : perspectives critiques*, ETUI, Bruxelles, 2010 : les auteurs y expliquent que l'objectif du programme ne paraît plus être d'améliorer les directives, mais avant tout de supprimer celles suspectées d'être les plus nuisibles à la compétitivité des entreprises. Ce chercheur remarque également qu'un des groupes d'experts chargés d'accompagner le programme (le groupe Stoiber) est majoritairement composé de personnalités très favorables aux thèses dérégulationnistes.

¹⁵³⁸ Appelé à prendre le nom d'Agence européenne des variétés végétales.

¹⁵³⁹ L'article 56 indiquait les conditions requises pour l'inscription d'une variété DHS aux catalogues nationaux et communautaire. L'article 57 indiquait les conditions pour l'inscription d'une variété non DHS aux catalogues sur base d'une description officiellement reconnue.

concerner que certaines très petites entreprises¹⁵⁴⁰. Le considérant 37 réduisait également la possibilité d'étendre les marchés pour ces variétés hétérogènes en limitant leur culture à leur région d'origine¹⁵⁴¹ (alors que, dans une optique de promotion de la biodiversité, cette limite ne semble pas se justifier). D'après les deux organisations citées ci-dessus, le but de cette réforme était surtout de permettre la commercialisation de variétés brevetées OGM¹⁵⁴² dont les dernières générations ne seraient pas suffisamment stables ou homogènes¹⁵⁴³. Il est manifeste, en effet, que l'évolution du droit relatif aux semences et du droit relatif à la propriété intellectuelle sur les variétés et plantes va de pair avec l'évolution des cultures transgéniques¹⁵⁴⁴.

En conclusion, les critères de l'AMM sont manifestement un moyen de favoriser certains types de variétés. Ils conduisent à une standardisation des variétés, aboutissent à restreindre l'offre

¹⁵⁴⁰ « Le matériel de reproduction des végétaux mis à disposition sur le marché uniquement en quantités limitées par de petits producteurs («matériel de reproduction des végétaux de niche») devrait être exonéré de l'obligation d'appartenir à une variété enregistrée. Cette dérogation est nécessaire pour éviter des entraves excessives à la mise à disposition sur le marché de matériel de reproduction des végétaux qui présente un intérêt commercial moindre, mais qui se révèle néanmoins important pour le maintien de la diversité génétique. Toutefois, il convient de veiller à ce que cette dérogation ne soit pas utilisée de façon régulière par un grand nombre d'opérateurs professionnels et qu'elle ne soit utilisée que par les opérateurs professionnels qui ne peuvent assumer les coûts et les charges administratives liées à l'enregistrement des variétés. Cet aspect est important pour éviter un usage abusif de la dérogation et pour garantir l'application des dispositions du présent règlement. Par conséquent, le matériel de niche devrait uniquement être mis à disposition sur le marché par les opérateurs professionnels qui emploient un petit nombre de personnes et réalisent un chiffre d'affaires annuel limité ».

¹⁵⁴¹ « Toutefois, les variétés enregistrées sur la base d'une description officiellement reconnue devraient être produites dans la région où elles sont traditionnellement cultivées et adaptées, de façon à garantir leur authenticité et leur valeur ajoutée pour la conservation de la diversité génétique et la protection de l'environnement». Voir l'article 52.2 qui énonce cette condition, et l'article 52.3 qui la nuance : « 2. Pour être enregistrée sur la base d'une description officiellement reconnue, une variété (...) a) elle est produite dans la ou les régions d'origine; (...) 3. Après l'enregistrement d'une variété dans un registre national des variétés en application du paragraphe 2, point a), les autorités compétentes peuvent admettre une ou plusieurs régions d'origine supplémentaires pour la variété concernée ».

¹⁵⁴² « Les détenteurs de brevets sur des modifications génétiques des plantes veulent commercialiser leurs innovations sans être contraints de passer par les longues multiplications indispensables à l'H et à la S des variétés. La proposition de règlement leur propose une nouvelle procédure d'enregistrement sur « description officiellement reconnue » qui n'est plus soumise aux obligations d'H et de S » : G. Kastler, R. A. Brac de la Perrière, *Position du Réseau semences paysannes sur la commercialisation des semences et la santé des plantes*, in *Penser une démocratie alimentaire*, F. Collart Dutilleul, Ed. Inida, vol. 1, 2013.

¹⁵⁴³ A. Bolis, *Des Etats-Unis à l'Europe. A qui appartiennent les plantes cultivées*, in *Le Monde.fr*, 20/05/2013. Voir le considérant 17 de la proposition de règlement : « Afin de faciliter l'adaptation aux évolutions dans le domaine de la sélection végétale et aux éventuelles nouvelles techniques, le matériel de reproduction des végétaux hétérogène, qui ne répond pas à la définition d'une variété au sens du présent règlement, devrait pouvoir être produit et mis à disposition sur le marché, sous certaines conditions, sans appartenir à une variété enregistrée, et même s'il ne satisfait pas aux exigences relatives à l'enregistrement des variétés (distinction, homogénéité, stabilité), à la valeur agronomique satisfaisante ou à la valeur agronomique durable. L'enregistrement de ce matériel devrait tenir compte de sa contribution à l'augmentation de la variabilité génétique des cultures agricoles, de la base de ressources génétiques et de la biodiversité dans l'Union, ainsi qu'à la durabilité de l'agriculture et donc à l'adaptation au changement climatique. La méthodologie utilisée pour l'enregistrement devrait en particulier prendre en considération ces caractéristiques spécifiques et devrait se fonder sur le principe de la charge la plus faible possible pour les opérateurs qui souhaitent enregistrer ce matériel ».

quantitative et qualitative pour l'agriculteur et rendent la commercialisation des variétés locales et anciennes difficile ou impossible, alors qu'elle intéresserait des agriculteurs qui y trouveraient des semences qu'ils ne trouvent pas chez les fournisseurs¹⁵⁴⁵, comme des variétés non-hybrides, des variétés locales, des variétés du domaine public, des variétés rares, des variétés de niche, des variétés moins stables et moins homogènes, des variétés à cultiver en mélange, et de ce fait plus résistantes ou plus adaptées aux conditions locales, des semences « réellement » biologiques¹⁵⁴⁶, etc. En effet, il existe bien dans la réglementation des exceptions pour certains types de variétés qui ne sont pas contraintes de satisfaire aux critères DHS, mais ces exceptions restent restrictives et insuffisantes aux yeux des défenseurs des variétés non industrielles.

Face à ces différents obstacles, certains ont imaginé créer des semences « libres » de la même manière qu'il existe des logiciels libres. Nous y viendrons en conclusion de ce chapitre. Mais avant de conclure, nous aborderons une dernière problématique qui n'est pas liée à la propriété intellectuelle, mais qui constitue une menace supplémentaire pour la conservation *in situ* de la biodiversité agricole et pour l'autonomie alimentaire des populations : il s'agit de la problématique de l'accaparement des terres.

3) Tendances en matière d'appropriation des terres agricoles au niveau mondial

L'investissement direct dans les terres agricoles, auquel on a donné récemment le nom d'*accaparement des terres (land grabbing)*, est un fait marquant de ces 15 dernières années.

Bien sûr, l'accaparement des terres n'est pas nouveau dans l'histoire. Mais le phénomène actuel a ses caractéristiques propres. Il désigne des acquisitions de terres agricoles¹⁵⁴⁷ de très grande envergure (des milliers, voire des dizaines de milliers d'hectares), en grande partie en

¹⁵⁴⁴ En 2012, les principales cultures de plantes génétiquement modifiées au niveau mondial étaient le soja (81 millions d'hectares), le maïs (55,65 millions d'hectares), le coton (24,3 millions d'hectares) et le colza (9,3 millions d'hectares). Les cultures OGM représentaient 120 millions d'hectares en 2008 et 160 millions d'hectares en 2011 : d'après l'ONG ISAAA/Service international pour l'acquisition d'applications agricoles biotechnologiques (www.isaaa.org). Ces chiffres sont cependant contestés par l'ONG Les Amis de la Terre. Les plantations OGM sont en forte croissance dans les pays émergents (Chine, Inde, Argentine, Brésil,...), mais on les retrouve également dans les pays industrialisés (Etats-Unis, Australie, Canada,...). Les OGM font l'objet de nombreuses controverses. Trois d'entre elles nous intéressent ici : selon certaines analyses, les cultures OGM ne seraient pas rentables sans les brevets ; elles ne seraient pas non plus à l'origine du gain de productivité vanté par leurs commerciaux ; enfin, elles s'accompagneraient de problèmes environnementaux préoccupants.

¹⁵⁴⁵ En effet, les sachets pour amateurs sont les mêmes semences hybrides que pour les agriculteurs.

¹⁵⁴⁶ Les semences biologiques trouvées sur le marché ne sont pas adaptées aux conditions de culture biologiques car il s'agit de variétés produites par les semenciers et destinées à être cultivées avec beaucoup d'intrants.

¹⁵⁴⁷ Dans un autre contexte, l'accaparement de vastes étendues naturelles concerne également les concessions de pêche en eaux froides, la privatisation de parcs nationaux et de réserves naturelles, l'achat d'immenses étendues de terres à végétation naturelle dans des zones de forêts tropicales ou dans l'extrême sud de l'Amérique du Sud, etc.

Afrique sub-saharienne¹⁵⁴⁸ et en Asie du Sud-Est, mais également en Amérique du Sud, en Europe de l'Est¹⁵⁴⁹, et finalement un peu partout dans le monde¹⁵⁵⁰.

Cet accaparement des terres agricoles a cru depuis 2000-2005, et plus encore depuis les crises alimentaire et financière de 2007-2008. Des centaines de transactions récentes en matière d'accaparement des terres ont été recensées. Elles ont souvent été conclues sous la forme de baux courant sur des périodes allant de 25 à 99 ans, fréquemment avec une option de renouvellement (surtout en Afrique et en Asie), mais l'ont été aussi sous la forme d'achats de terres (c'est davantage le cas en Amérique du Sud). Elles concerneraient des surfaces agricoles de plusieurs dizaines de millions d'hectares, avec les ressources en eau qu'elles recèlent, au détriment des populations qui vivaient sur ces terres.

Il est difficile toutefois d'évaluer précisément l'ampleur réelle du phénomène. La définition de l'accaparement pose déjà un premier problème. En effet, les acquisitions foncières ont des objectifs variés : faut-il en faire une analyse distincte par objectif ou groupée ? La description de la nouvelle vague d'accaparement des terres fait souvent référence à des acquisitions à grande échelle, sur des milliers, voire des dizaines de milliers d'hectares¹⁵⁵¹. Mais il existe de nombreux accaparements de taille inférieure dont l'impact cumulé n'est pas moindre et que l'on pourrait comptabiliser également. On retient généralement dans la quantification de ce phénomène les investissements étrangers, mais on peut y englober également les investisseurs nationaux. Certaines de ces acquisitions sont illégales, mais beaucoup prennent l'apparence de la légalité ou même respectent les lois : comment différencier les acquisitions illégitimes de celles qui ne le sont pas ? Enfin, de nombreuses transactions foncières ne sont tout simplement pas

¹⁵⁴⁸ Ces acquisitions touchent notamment des pays affaiblis par les dettes illégitimes, les ajustements structurels, la corruption, etc.

¹⁵⁴⁹ Selon un rapport publié par la Coordination européenne Via Campesina et le think tank Transnational institute (TNI), l'accaparement des terres concerne également des terres agricoles en Europe, essentiellement en Europe de l'Est : TNI, *L'accaparement des terres*, Via Campesina – TNI, février 2013 (publié en ligne).

¹⁵⁵⁰ La forte concentration des terres constitue une autre forme d'accaparement des terres : la moitié des terres agricoles de l'UE serait concentrée dans les 3% des grandes exploitations de plus de 100 hectares, ce qui conduit à réduire le nombre d'exploitations agricoles et l'accès au foncier pour les jeunes générations : TNI, *op. cit.*. Au Québec, une autre forme d'accaparement des terres est à l'oeuvre : les agriculteurs sont de plus en plus en concurrence pour l'achat des terres agricoles avec de nouveaux types d'acquéreurs qui ne proviennent pas du milieu agricole et qui ont d'autres buts ou d'autres motivations que le développement de l'agriculture au Québec, notamment la spéculation. Ce phénomène fait gonfler artificiellement la valeur des terres agricoles, déstructure les milieux ruraux et empêche la relève de prendre sa place dans le monde agricole : UPA (Union des producteurs agricoles), *Mémoire - accaparement des terres agricoles*, 16 mars 2015 (publié en ligne) et Farmlandgrab.org, *Accaparement des terres agricoles*, 16 mars 2015 (publié en ligne). Même en Belgique, bien que le contexte soit différent, les terres agricoles semblent soudainement perçues comme un investissement d'avenir pour certaines fortunes (voir Denoël T., *Pourquoi Albert Frère investit dans les terres agricoles*, in *Le Vif*, 17/05/2013), et les jeunes agriculteurs, notamment confrontés à la concurrence d'investisseurs, ont de plus en plus de difficultés à accéder à la terre (voir *La flambée des prix de la terre consume les jeunes agriculteurs*, in *Le Vif*, 25/07/2015).

¹⁵⁵¹ Pour donner une idée, la compagnie américaine Dominion Farms s'est procurée 30 000 hectares au Nigeria en 2011 pour cultiver du riz; l'homme d'affaire et politicien Ly Yong Phat a acquis en 2006 60 000 hectares pour de la canne à sucre au Cambodge; la société italienne Benetton possède depuis 2002 900 000 hectares en Argentine pour de la laine, des céréales et des arbres industriels à croissance rapide : TNI, *op. cit.*

signalées¹⁵⁵². Il est donc pratiquement impossible de savoir combien d'hectares sont concernés par l'accaparement des terres en cours¹⁵⁵³. Les tentatives de quantification doivent en tout cas tenir compte des biais liés à la faible documentation, aux sources utilisées, à la fiabilité des données, mais aussi des biais liés à la définition de ce qui est réellement mesuré¹⁵⁵⁴.

On définit généralement le phénomène actuel comme « le transfert de l'usage, du contrôle ou de la propriété de la terre via la vente, le prêt ou la concession d'une surface supérieure à 200 hectares à un investisseur étranger »¹⁵⁵⁵. Depuis 2012, le projet *Land Matrix* tente d'estimer ce phénomène¹⁵⁵⁶ : des dizaines de millions d'hectares de terres ont été soumis aux négociations durant la dernière décennie, mais les chiffres des données officielles sont probablement sous-estimés de façon importante. Ce qui est sûr, c'est que des stratégies autour de la terre agricole se développent pour sécuriser les approvisionnements. On assiste manifestement à une rivalité entre grandes puissances économiques pour le contrôle des ressources naturelles (terres et matières premières agricoles) afin de garantir la poursuite de leur insertion dans les échanges internationaux et de garantir leur accumulation de capital¹⁵⁵⁷.

Comme l'explique un chercheur du CIRAD, les investisseurs peuvent être classés en trois groupes. Ceux du premier groupe proviennent de pays de l'OCDE, aux premiers rangs desquels les États-Unis et le Royaume-Uni. Les deux autres groupes de pays sont constitués par des pays émergents. Le second groupe se compose de pays ayant pour caractéristique commune un faible ratio surface cultivable / population, à l'image de la Chine. Au sein de ce groupe, se trouvent les tigres asiatiques (Chine, Corée du Sud, Singapour, Hong-Kong et Malaisie), les principaux pays émergents, quelques pays à revenus moyens (Argentine, Malaisie, Thaïlande, Vietnam). On retrouve également dans ce groupe les pays du Moyen-Orient disposant de fortes ressources financières, mais souffrant de faibles disponibilités en eau (Arabie saoudite et Émirats Arabes Unis). Enfin, le troisième groupe concerne lui aussi des pays aux économies émergentes, mais possédant un secteur agricole relativement important. C'est notamment le cas de l'Inde et de l'Afrique du Sud. Les investisseurs originaires de ces pays localisent leurs projets dans d'autres pays de leur grande région¹⁵⁵⁸.

On retrouve parmi les acteurs impliqués dans ces projets d'investissements des entreprises nationales, des fonds souverains, des acteurs financiers (fonds d'investissements, fonds privés,

¹⁵⁵² Boche M., Pouch T., *L'usage conflictuel des terres agricoles : nouvel enjeu géoéconomique de la mondialisation*, in Cahier Demeter, 26 mai 2015.

¹⁵⁵³ TNI, *op. cit.*

¹⁵⁵⁴ Boche M., Pouch T., *op. cit.*

¹⁵⁵⁵ Boche M., Pouch T., *op. cit.*

¹⁵⁵⁶ Landmatrix.org.

¹⁵⁵⁷ Boche M., Pouch T., *op. cit.*

¹⁵⁵⁸ Boche M., Pouch T., *op. cit.* ; Le Monde.fr, *Limiter l'accaparement des terres agricoles*, 27/04/2012 et Le Monde.fr, *La course aux terres ne profite pas aux pays du Sud*, 27/04/2012.

entreprises cotées en bourse), des industries agro-alimentaires multinationales, ainsi que des entreprises privées initialement non liées à l'activité de production agricole¹⁵⁵⁹.

Selon l'ONG GRAIN, ces transactions foncières sont le plus souvent soutenues par les gouvernements des pays concernés (pays investisseurs et pays touchés par ces accaparements de terres) et par les organisations internationales comme la FAO, la Banque Mondiale elle-même qui, à travers son Agence multilatérale de garantie de l'investissement (MIGA) et sa Société financière internationale (IFC), a investi directement dans des entreprises qui accaparent les terres¹⁵⁶⁰. Les gouvernements des pays industrialisés, actionnaires de la Banque mondiale, et le CGIAR, en partie alimenté financièrement par la Banque Mondiale et qui a développé des connexions avec des sociétés impliquées dans l'accaparement des terres agricoles seraient également au cœur du processus¹⁵⁶¹. Il en irait de même de la CNUCED, du Fonds international de développement agricole (FIDA), tous ces organismes ayant élaboré des principes pour un investissement agricole « responsable » (IAR)¹⁵⁶², plutôt que de contester ces pratiques, et la Banque mondiale couvrant même les risques politiques liés à ce type de transactions foncières¹⁵⁶³.

L'UE est fortement impliquée dans l'accaparement des terres, à la fois directement par la participation de capitaux (fonds de pension européens¹⁵⁶⁴) et de sociétés de l'UE dans le rachat de terres, et indirectement à travers ses politiques (politiques commerciales et accords de libre-échange ; Directive sur les Énergies Renouvelables (RED) qui a contribué à l'essor de l'huile de palme en Asie du Sud-Est, par exemple ; etc.¹⁵⁶⁵). Les gouvernements, à travers les institutions financières qu'ils contrôlent¹⁵⁶⁶, y compris la Belgique¹⁵⁶⁷, sont aussi impliqués dans ces pratiques.

Ces investissements à grande échelle sont en partie le fait de pays inquiets pour leur sécurité alimentaire, suite à la hausse des prix alimentaires mondiaux, en partie le fait d'un puissant complexe agro-industriel qui combine nourriture, alimentation animale, agrocarburants, bois, minéraux, pétrole et certains systèmes « écologiques » (stratégies d'atténuation du

¹⁵⁵⁹ Boche M., Pouch T., *op. cit.*

¹⁵⁶⁰ GRAIN, *La Banque mondiale doit arrêter de prêter de l'argent aux accapareurs de terres*, 10 juillet 2011.

¹⁵⁶¹ GRAIN, *Qui est derrière l'accaparement des terres ?*, 14 novembre 2012.

¹⁵⁶² Voir ces principes sur le site de la FAO : <http://www.fao.org/3/a-au866f.pdf> et <http://www.fao.org/cfs/cfs-home/resaginv/fr/> (pages consultées le 12 septembre 2015).

¹⁵⁶³ GRAIN, *Un investissement agricole responsable ? Les efforts actuels visant à réglementer les accaparements de terres ne font qu'empirer la situation*, 30 août 2012.

¹⁵⁶⁴ On estime que les fonds de pension sont, à l'heure actuelle, les plus grands investisseurs institutionnels dans les terres cultivables à l'échelle mondiale.

¹⁵⁶⁵ TNI, *op. cit.*

¹⁵⁶⁶ GRAIN, *L'accaparement des terres par les fonds de pension et les institutions financières doit cesser*, 29 juin 2012.

¹⁵⁶⁷ La Libre.be, *Aide belge à l'accaparement des terres*, 10 juin 2013.

changement climatique)¹⁵⁶⁸. Ce phénomène est décrit comme « faisant partie d'un processus plus large de restructuration et d'expansion de l'agrobusiness mondial » qui cherche à prendre le contrôle total de l'amont agricole¹⁵⁶⁹.

Sur ces vastes étendues, les cultures flexibles (canne à sucre, maïs, soja, huile de palme, plantations forestières industrielles à croissance rapide, notamment eucalyptus et pin) utilisables dans ces différents contextes (alimentation humaine, alimentation animale, énergie/carburant, stratégies d'atténuation du changement climatique pour les plantes flexibles ; pâte pour papier et emballages, bûches, biodiesel pour les arbres flexibles) sont donc favorisées¹⁵⁷⁰. Néanmoins, une bonne partie de ces investissements fonciers sont restés inexploités, et sont donc davantage liés à la spéculation qu'à la mise en valeur productive des terrains¹⁵⁷¹.

Ces investissements sont évidemment salués par les investisseurs et l'ont été par plusieurs pays en développement comme étant un nouveau chemin vers le développement agricole. Mais ils n'ont pas tardé à être décriés par certains gouvernements et ONG en raison des effets négatifs sur les communautés locales¹⁵⁷², la paysannerie, l'agriculture, l'environnement et l'autonomie alimentaire.

A titre d'exemple, le G8, en partenariat avec plusieurs gouvernements africains, des multinationales et quelques entreprises nationales, a mis en place une *Nouvelle Alliance pour la sécurité alimentaire et la nutrition* dans plusieurs pays africains¹⁵⁷³. Selon l'analyse de l'ONG GRAIN (et d'autres ONG qui ont dénoncé ce programme en 2014¹⁵⁷⁴), cette alliance constitue en réalité une ouverture pour l'agrobusiness étranger en Afrique¹⁵⁷⁵. Une des principales entreprises partenaires de cette Nouvelle Alliance est Cargill, société américaine qui est se trouve être le premier négociant en céréales du monde. La Nouvelle Alliance fait suite à l'Initiative de l'Aquila sur la sécurité alimentaire lancée en 2009 par le G8, officiellement pour soutenir les programmes agricoles nationaux des pays en développement. En Afrique, il s'agit de soutenir les programmes nationaux mis au point par le Programme détaillé pour le développement de l'agriculture africaine (CAADP). Pour ce faire, le G8 a signé des cadres de coopération avec plusieurs pays africains, engageant ces États à augmenter les investissements des grandes entreprises dans les

¹⁵⁶⁸ TNI, *op. cit.*

¹⁵⁶⁹ Elisséeff V., *À qui appartient la terre agricole, à l'heure de la globalisation ?*, in *Annales des Mines - Responsabilité et environnement*, 2014/2 (N° 74), p. 25-31.

¹⁵⁷⁰ TNI, *op. cit.*

¹⁵⁷¹ TNI, *op. cit.*

¹⁵⁷² Wikipedia, article *Accaparement des terres*, accessible sur https://fr.wikipedia.org/wiki/Accaparement_des_terres (consulté le 13 septembre 2015).

¹⁵⁷³ Le Burkina Faso, la Côte d'Ivoire, l'Éthiopie, le Ghana, le Mozambique et la Tanzanie.

¹⁵⁷⁴ Jorand J-M , *La Nouvelle Alliance du G8: sécurité alimentaire ou business as usual?*, in huffingtonpost.fr, 16/06/2013 et ACF, le CCFD-Terre Solidaire et Oxfam France, *Rapport - La faim un business comme un autre* », 16 septembre 2014.

terres agricoles et les marchés d'intrants. Ces cadres de coopérations permettent aux entreprises de mieux identifier, négocier et acquérir des terres dans les régions agricoles les plus importantes pour l'Afrique^{1576 1577 1578}.

Sur ces vastes terres agricoles accaparées, converties à l'agriculture intensive pour certaines, actuellement inexploitées pour d'autres, mais désormais indisponibles pour les populations, il est évident que les pratiques de conservation *in situ* de la biodiversité agricole par les agriculteurs locaux sont rendues impossibles.

¹⁵⁷⁵ « Vers le milieu des années 70, la Côte d'Ivoire était autosuffisante en riz, mais sous la pression des donateurs internationaux, l'entreprise rizicole nationale a été privatisée, le soutien public à la production démantelé et le marché ouvert aux importations. Il n'aura fallu qu'une vingtaine d'années pour que les deux tiers du riz consommé dans le pays proviennent d'Asie. Ces importations ont généré d'énormes bénéfices pour la poignée de négociants internationaux en céréales et d'hommes d'affaires locaux influents qui dominent le marché. Mais elles ont eu des effets terribles sur la production locale. Aujourd'hui, la situation est en train de changer. Les prix internationaux du riz ont explosé en 2008 et ne sont pas revenus aux niveaux d'avant la crise. Le riz local coûte actuellement 15 pourcents de moins que les importations et la demande augmente avec la production et les ventes. Des femmes négociantes en riz ont récemment formé plusieurs coopératives et ont même créé des marques de riz local. Mais cela n'est pas passé inaperçu chez les gros négociants de riz: les responsables mêmes de la démolition du secteur rizicole en Côte d'Ivoire – le gouvernement, les donateurs et les entreprises - se liguent aujourd'hui pour en prendre le contrôle, de la ferme au marché. En vertu de ce cadre de coopération (la Nouvelle Alliance), la Côte d'Ivoire s'engage à réformer ses lois foncières et à mettre en oeuvre d'autres changements pour faciliter l'investissement privé dans le domaine agricole. En échange, le pays est censé recevoir des centaines de millions de dollars d'aide humanitaire et pouvoir compter sur la promesse de huit entreprises étrangères et de leurs partenaires locaux d'investir près de 800 millions de dollars US dans le développement de fermes rizicoles à grande échelle. À eux seuls, ces trois projets doivent déplacer des dizaines de milliers de petits producteurs de riz et vont détruire les moyens de subsistance de milliers de petits négociants, affectant justement les soi-disant « premiers bénéficiaires » de la Nouvelle Alliance du G8 » : GRAIN, *Le G8 et l'accaparement des terres en Afrique*, 11 mars 2013.

¹⁵⁷⁶ Ainsi, « Le Ghana doit établir une base de données des terres pouvant convenir aux investisseurs, simplifier pour eux les procédures d'acquisition des terres et mettre en place des modèles d'accords pilotes pour la location de parcelles de 5000 ha d'ici 2015. La Tanzanie doit cartographier les terres fertiles et densément peuplées du district de Kilombero pour aider les investisseurs étrangers à trouver et à acquérir les terres qu'ils convoient. Le Burkina Faso a promis d'accélérer son programme de relocalisation des populations et le Mozambique s'est engagé à développer et à approuver d'ici juin 2013 « des réglementations et des procédures autorisant les communautés à se lancer dans des partenariats basés sur un bail de location ou de sous-location (cessao de exploração) », qui suscitent beaucoup de controverses. L'Éthiopie, pour sa part, est censée étendre des mesures de protection aux exploitations agricoles commerciales et fournir aux investisseurs un service à guichet unique pour réduire les tracasseries administratives en matière d'acquisition de terres. Le gouvernement éthiopien a déjà alloué plus de trois millions d'hectares de terres aux grands investisseurs dans le cadre d'un plan de développement qui engendre d'intolérables violations des droits humains » (...) « Au Ghana, les engagements sur les terres et les semences pris par les pays africains dans les cadres de coopération signés avec le G8 comportent par exemple, en matière de semences : Développer des protocoles pour les tests, l'homologation et l'enregistrement des variétés, l'autorisation de mener des inspections in situ, de faire des échantillons et des tests de semences. Au Mozambique : Arrêter systématiquement la distribution de semences gratuites et non améliorées, à l'exception de certaines cultures de subsistance pré-identifiées en cas d'urgences humanitaires. Faire appliquer les réglementations approuvées concernant les lois sur la propriété industrielle qui soutiennent les investissements du secteur privé dans la production semencière » : GRAIN, *Ibidem*.

¹⁵⁷⁷ GRAIN, *Ibidem*.

4) Conclusion provisoire concernant l'appropriation croissante de la biodiversité

Les différents phénomènes décrits dans ce chapitre nous conduisent à la conclusion selon laquelle nous assistons à une appropriation croissante de la biodiversité agricole d'ordre stratégique qui constitue un obstacle à l'autonomie alimentaire des peuples.

Le modèle *open source* nous permettrait-il de sortir de cette impasse ?

4. Le modèle open source permet-il de sortir de cette impasse ?

L'objet du développement suivant n'est pas de fournir une étude détaillée ou même synthétique des différentes initiatives *open source* dans le domaine de l'agriculture et plus spécifiquement des semences : nous aborderons deux initiatives de ce type à titre d'exemples, *The Open Source Seed Initiative* (OSSI), lancée aux Etats-Unis, et un programme de recherche sur les semences *open source* du Centre for Sustainable Agriculture (CSA), en Inde, afin d'en expliciter les objectifs et d'en repérer d'éventuelles limites.

1) OSSI, un exemple américain

The Open Source Seed Initiative a été lancée en 2012 par un groupe d'obteneurs publics et privés, d'entreprises de semences et d'agriculteurs pour tenter d'endiguer la déferlante de droits de propriété intellectuelle dans le domaine végétal, et particulièrement les brevets d'utilité sur les plantes, licences et autres restrictions sur l'usage des semences, qui ne reconnaissent, aux États-Unis, ni le privilège de l'agriculteur, ni le droit de l'obteneur, ni l'exemption de recherche. Le but de cette initiative est de revitaliser les programmes publics de sélection végétale et d'intégrer les savoir-faire des cultivateurs et des scientifiques en matière de sélection, dans l'optique d'une sélection participative.

En effet, le contexte américain est particulier. Bien que le nombre de demandes de brevet par an augmente (tant aux États-Unis qu'en Europe d'ailleurs), le nombre de déposants diminue : cinq entreprises (Monsanto, DuPont, Syngenta, Bayer, Dow) ont déposé 83 pour cent des demandes de brevets aux Etats-Unis sur la période 2004-2008 (contre 35 pour cent en Europe sur la période 2003-2007). La concentration du secteur semencier et certains droits de propriété intellectuelle clés ont conduit à la situation actuelle où les six entreprises leaders de ce marché se

¹⁵⁷⁸ Ce « business » n'a en effet rien de philanthropique : pour ne prendre qu'un exemple, en 2008, la FAO a annoncé que l'envolée des prix alimentaires au niveau mondial cette année-là avait fait croître de 10 pourcents le nombre de personnes souffrant de la faim, le portant à plus de 1 milliard. Dans le même temps, en 2007, les profits des trois plus grosses sociétés d'engrais au niveau mondial (Potash Crop, Mosaic, Yara) ont vu leurs profits augmenter de 139 pourcents, ceux des trois plus importantes compagnies céréalières du monde (Cargill, ADM, Bunge) de 103 pourcents et ceux des trois plus grandes compagnies de semences et de pesticides (Monsanto, Syngenta et Du Pont) de 91 pourcents. En 2008, ces profits ont cru encore davantage : GRAIN, *L'aide en semences, l'agrobusiness et la crise alimentaire*, 27 octobre 2008.

partagent 66 pour cent du marché. Les fermiers américains en ressentent particulièrement les effets. La possibilité de réutiliser leurs semences la saison suivante est limitée par les brevets d'utilité. Les campagnes agressives de Monsanto contre le privilège du fermier et la jurisprudence¹⁵⁷⁹ les en dissuadent fortement. D'après les initiateurs d'OSSI, pour les agriculteurs américains, participer à des échanges de semences ou se fournir auprès de banques de semences comporterait déjà le risque de s'exposer à des poursuites judiciaires. Un certain nombre d'agriculteurs souhaiteraient revenir à des variétés moins complexes et éventuellement non OGM, mais du fait de la concentration de l'industrie, il existe peu de sources alternatives de semences. La plupart des entreprises semencières indépendantes ont peu de capacités de recherche et peu de variétés alternatives à offrir. La concentration de l'industrie semencière y est telle qu'en l'absence d'entreprises et de variétés concurrentes, les multinationales n'ont aucune difficulté à dicter aux agriculteurs les conditions d'accès aux semences. Ainsi, le *Bag Tag (Technology/Stewardship Agreement* chez Monsanto), basé sur le droit contractuel, est une licence qui enjoint les agriculteurs à ne pas réutiliser les semences. Ce type de licence est répandu chez DuPont, Syngenta, Monsanto (Seminis) et Dow. Par ailleurs, l'accumulation de droits de propriété intellectuelle sur le matériel et sur certaines techniques, l'incertitude par rapport à ce qui est breveté ou non et les coûts prohibitifs de procès éventuels (même si un certain nombre de brevets ne résisteraient pas à un procès) ont pour effet de décourager la recherche publique, les petites compagnies semencières et les fermiers obtenteurs. Même entre chercheurs publics, l'échange de matériel génétique est accompagné d'un accord de transfert de matériel (ATM) qui établit les utilisations permises et la propriété des résultats de recherche¹⁵⁸⁰.

Confrontés à cette situation, les initiateurs d'OSSI se sont inspirés du mouvement du logiciel libre pour créer des variétés *open source* disponibles sans restriction d'usage, notamment pour la sélection ou pour le privilège du fermier. Leur objectif était de garantir que le matériel génétique de certaines semences ne soit pas approprié par des droits de propriété intellectuelle. OSSI demande aux utilisateurs des variétés *open source* ainsi créées de procéder au même engagement afin que l'échange de matériel génétique et le droit d'utiliser ces semences et leur descendance dans les programmes de sélection restent possibles : il s'agit d'un Engagement (*Pledge*) que les agriculteurs et les obtenteurs peuvent adopter librement pour assurer la disponibilité de leurs lignées et de leurs générations successives. Cet Engagement est le suivant: "You have the freedom to use these OSSI-Pledged seeds in any way you choose. In return, you pledge not to restrict others' use of these seeds or their derivatives by patents, licenses or other means, and to include this pledge with any transfer of these seeds or their derivatives".

Les initiateurs d'OSSI auraient souhaité créer un système légalement contraignant, mais n'y sont pas parvenus et ont dû se contenter d'un Engagement. Ils expliquent en effet que la situation des logiciels *open source* ne fonctionne pas dans le cas des semences. Dans le premier cas, l'auteur du code est automatiquement couvert par un copyright : cette propriété lui permet de générer un *copyleft* décrétant que son code peut être utilisé librement. Mais la sélection végétale

¹⁵⁷⁹ Décision de la Cour suprême des Etats-Unis dans l'affaire *Bowman v. Monsanto Co.*

¹⁵⁸⁰ J. Kloppenburg, *Re-purposing the master's tools: the open source seed initiative and the struggle for seed sovereignty*, in *The Journal of Peasant Studies*, 2014.

n'est pas soumise au copyright : sélectionner une plante n'engendre pas la propriété sur cette plante. Pour copier la démarche utilisée dans le cas des logiciels *open source*, il faudrait dans un premier temps breveter la plante pour ensuite décréter que celle-ci est *open source*, ce qui ne manquerait pas de rendre le public sceptique et l'initiative moins crédible. Une alternative aurait pu être de faire appel au droit contractuel sous la forme d'une licence reconnaissant les règles de l'*open source* : les initiateurs d'OSSI ont tenté cette approche, mais la rédaction de cette licence s'est révélée extrêmement technique (sept pages rédigées dans un langage que seul un avocat peut maîtriser), rébarbative, peu susceptible d'être largement utilisée pour cette raison, et dès lors inappropriée par rapport à l'objectif de rendre les semences libres. Par ailleurs, une licence était philosophiquement et politiquement inacceptable pour un certain nombre d'organisations et d'acteurs. Des *commons* protégés par le droit se sont donc avérés impossibles à mettre en œuvre dans le cadre de cette initiative. Pour s'assurer que le caractère *open source* soit viral et accompagne de façon exponentielle chaque nouvelle génération de plante, et pour empêcher que ces nouvelles générations ne rejoignent les *commons* non protégés susceptibles de donner lieu à des innovations brevetées, les initiateurs se sont finalement résignés à opter pour l'idée d'un engagement imprimé sur chaque sachet de semences (tout comme le *bag tag*, mais dans un but opposé). Cet Engagement n'est donc pas une licence légalement contraignante (même si OSSI explore toutes les possibilités pour le rendre le plus efficient possible) : il se situe davantage au niveau des valeurs, au niveau de l'« économie morale », mais il est, selon les membres d'OSSI, un moyen de conscientisation intéressant.

Les objectifs d'OSSI sont donc de garantir l'échange de semences qui resteront libres de droits de propriété intellectuelle, de licences et d'autres restrictions d'usage, et de maintenir une ligne de variétés de culture « libres ». OSSI fait cependant la différence entre *free* (gratuit) et *freed*, néologisme signifiant que les semences sont libres de droits de propriété intellectuelle¹⁵⁸¹, mais néanmoins commercialisables et donc payantes. Quelques mois après son lancement, 36 variétés et 14 espèces faisaient déjà partie de cette collection de *freed seeds* ou *semences open source*.

OSSI est donc opposée à la propriété intellectuelle telle qu'elle s'applique à l'heure actuelle dans le cadre des droits d'obtention végétale, de la protection des variétés végétales et des accords de transfert de matériel qui limitent la liberté d'usage des semences, mais elle reste néanmoins dans une optique de propriété intellectuelle¹⁵⁸². Cette initiative part du principe que le domaine public n'est pas suffisamment protecteur (n'importe qui pouvant s'approprier une innovation mise au point à partir de variétés du domaine public, ainsi que, comme le montrent les

¹⁵⁸¹ Un article de Stallman insiste sur l'importance de la dénomination de *libre* par opposition à celle d'*open source* : « Logiciel libre. Open source. Si ce sont les mêmes logiciels (ou presque), le nom utilisé pour les qualifier est-il important ? Oui, parce que des mots différents véhiculent des idées différentes. Bien qu'un programme libre, si on l'appelle autrement, vous donne la même liberté aujourd'hui, établir la liberté de manière durable exige comme condition première d'enseigner la valeur de la liberté. Si vous voulez y contribuer, il est essentiel de parler de logiciel libre » : R. Stallman, *En quoi l'open source perd de vue l'éthique du logiciel libre* (publié en ligne, non daté).

¹⁵⁸² « The OSSI approach is to formally place new varieties, which could be patented, into a common intellectual property space in which all users agree not to patent them »: B. Wildfong, *The Seed Freedom Movement is building Momentum*, in *Seeds of Diversity*, summer 2014.

faits, du matériel génétique isolé ou encore des variétés simplement découvertes), et qu'une alternative s'imposait¹⁵⁸³ : l'objectif est donc de créer des *commons* protégés par cet Engagement, et non un domaine public.

Malheureusement, l'approche *open seed* n'est pas contraignante d'un point de vue légal : il ne s'agit que d'un engagement qui transmet certaines valeurs¹⁵⁸⁴ afin que celles-ci se transmettent à leur tour de façon virale d'une sélection végétale à toute plante et semence qui en est issue, mais rien ne garantit son effectivité^{1585 1586}.

¹⁵⁸³ « Unfortunately, the term “open source” has more than one meaning. Often, “open access” and “public domain” and “open source” are used interchangeably to refer to a resource to which anyone has freedom of access. There is a very important difference between this meaning and how OSSSI uses “open source.” It is critical to understand that the OSSSI pledge is a commitment by recipients of OSSSI seed that any derivative they subsequently develop by breeding with OSSSI material will not have restrictions imposed on its uses by anyone to whom it is transferred. This arrangement produces a “viral” effect that, critically, enforces continued sharing as the seed and any derivatives and modifications are disseminated. Also critically, the virality of the pledge prevents appropriation by companies that would make modifications for proprietary purposes since any cultivar bred from the OSSSI material is required by the pledge to be openly accessible. This feature – called “copyleft” – is what distinguishes OSSSI’s version of “open source” from mere “open innovation”. Thus, cultivars developed under the OSSSI pledge are released not into an open innovation/open access commons, but into a “protected commons” populated by those who agree to share but inaccessible to those who will not” : Open Source Seed Initiative: Sharing Seeds Without Borders (interview de J. Kloppenberg), in *Agroknow Blog*, 21/10/2014.

¹⁵⁸⁴ Utilisées d'ailleurs comme des arguments commerciaux par les initiateurs d'OSSI pour se positionner sur le marché « éthique » : « Moreover, just as with fair trade and organics, there is a significant potential market among ethical consumers and gardeners for “freed seed”; “Open-source seeds should appeal to gardeners and farmers who want to enter the ethical market”; “It would appear that there is very considerable potential for supplying a market for free seed that is analogous to the market for fair trade. The implication is that carrying free seed in a commercial seed catalog can be attractive to small seed companies » : citations extraites du site d'OSSI et des articles référencés sur ce site (site consulté le 10 novembre 2015).

¹⁵⁸⁵ « We cannot be sure that someone will not try and patent or restrict [the seeds we’ve released], but we will do our best to survey what happens to these materials as they go out into the community”; “We do not know how the courts would interpret the OSSSI Pledge. Rather than develop a lengthy and complex legal document that might be fully legally defensible, we chose a simple pledge to highlight the spirit and rationale behind our initiative”; “Although our pledge is likely not legally binding, it is easily transmissible, it is viral, it is an uncompromising commitment to free exchange and use, and it is a very effective tool for outreach and education”; “Any amateur programmer can make open source software and protect it with the law, but the same legal approach to open source seeds would be expensive. That is why the OSSSI is using a pledge. It has no legal muscle. Violators could not be taken to courts. (...) However, we hope that the pledge will start a movement toward openness and sharing with seeds, unrestricted by patents and legal agreements »: citations extraites du site d'OSSI et des articles référencés sur ce site (site consulté le 10 novembre 2015).

¹⁵⁸⁶ Sources: J. Kloppenburg, *Re-purposing the master's tools...*, *op. cit.*; CSA, *Building open source seeds system*, 2014 (publié en ligne); site officiel d'OSSI: <http://open-seeds.org/> et <http://osseeds.org/>; D. J. Tenenbaum, *The Science Behind the News, Seeds of dilemma: Who owns the genes that fill the stomach?*, sur le site *The Why Files*, septembre 2014 ; B. Wildfong, *op. cit.*; J. Kloppenburg, *The unexpected outcome of the Open Source Seed Initiative’s licensing debate*, sur le site *Open source.com*, juin 2014 ; Z. Portillo, *Open source seed released to nurture patent-free food*, sur le site *SciDevNet*, juin 2014 ; L. Hamilton, *Linux for Lettuce*, sur le site *VQRonline*, summer 2014; Deibel E., Kloppenburg J., *L'innovation variétale sous licence open source. Comment maintenir des commons en amélioration des plantes ?*, p 179-192, in Thomas F., Boisvert V. (sous la direction de), *Néolibéralisation de la nature dans les pays émergents*, IRD et Quae Ed., 2015.

Par ailleurs, OSSI travaille aussi à développer une licence *open source* donnant lieu à des royalties (*royalty-bearing open source license*) pour récompenser les sélectionneurs de nouvelles variétés. Ses initiateurs ont en effet décidé de développer deux modèles de licences *open source* pour permettre aux obtenteurs de choisir : une *free seeds* et une *royalty-bearing*. A cette seconde licence, il a été objecté qu'il s'agissait d'une forme de droit de propriété intellectuelle. Confronté à cette critique, Jack Kloppenburg, à l'origine d'OSSI, explique que le soutien public ayant décliné, les sélectionneurs publics comptent souvent sur les royalties pour maintenir leurs programmes de sélection. Et que face à la concentration, aux contraintes en matière d'accès au matériel de sélection et à l'appropriation de leurs lignées par les concurrents, les sélectionneurs sont intéressés par une licence qui leur confère des royalties. Il reconnaît que si les sélectionneurs étaient bien rémunérés, ils n'en auraient pas besoin, mais que ce n'est ni le cas de la sélection publique, ni des petites entreprises, des fermiers obtenteurs ou encore des ONG impliquées dans ce domaine. Enfin, il ajoute que l'utilisation des concepts de *commons* par La Via Campesina ou de *bien public* par Vandana Shiva recèle aussi des contradictions : l'*open access* (sans disposition *copyleft*) n'assure pas un accès équitable à tous et ne prévient pas les appropriations et privatisations. Par ailleurs, les notions de *droits de agriculteurs* défendue par La Via Campesina, de *propriété collective sur les variétés locales* revendiquée par Vandana Shiva dans *Le droit des semences*, et celles de *droits sur les ressources traditionnelles* ou de *droits des communautés* relèvent également du paradigme de la propriété : tous ces concepts appellent à une forme de souveraineté légale sur les semences ; or, poursuit Kloppenburg, comment concilier concrètement cet *ownership* avec le principe de partage et avec les concepts de *commons* ou de *bien public*?¹⁵⁸⁷

2) Le CSA, un exemple indien

A l'autre bout de la planète, un programme de recherche sur les systèmes semenciers *open source* par le Centre for Sustainable Agriculture (CSA) indien présente l'état provisoire de ses recherches dans deux rapports datant de 2014¹⁵⁸⁸.

Ces rapports rappellent tout d'abord le contexte à l'origine de ce programme de recherche. Durant des millénaires, les semences ont été une ressource communautaire que les communautés ont soigneusement cultivée, conservée et fait évoluer. Aujourd'hui, les avancées technologiques, le marché et les régimes légaux en ont fait une ressource commerciale propriétaire. La modernisation de l'agriculture a fait perdre aux agriculteurs leur savoir-faire en matière de semences et les a transformés en consommateurs de produits industriels, parmi lesquels les semences. Cette évolution a engendré des externalités économiques et écologiques négatives, et a fait perdre aux agriculteurs le contrôle de leurs sources de production : depuis toujours, les fermiers conservaient les semences issues de leur production ; ensuite, graduellement, ils sont devenus dépendants des semences fournies dans un premier temps par les agences gouvernementales, puis commercialisées par l'industrie. Cette dépendance des agriculteurs est

¹⁵⁸⁷ J. Kloppenburg, *Re-purposing the master's tools...*, *op. cit.*

¹⁵⁸⁸ CSA, *op. cit.*; CSA, *Open Source Seed Systems* (publié en ligne, non daté); voir également le site du CSA: <http://www.csa-india.org> et <http://csa-india.org/what-we-do/open-source-seeds/>.

telle, constatent les auteurs de ces rapports, qu'ils se procurent même sur le marché les semences pour lesquelles ils pourraient réutiliser leurs propres graines. Or, d'après ce Centre, la fourniture en quantité de semences de qualité par les institutions publiques et les sociétés privées est loin d'être suffisante. Pour toutes ces raisons, les agriculteurs doivent se réapproprier leurs savoir-faire d'antan.

Au cours des dernières décennies, poursuivent ces rapports, les rendements ont cru en grande partie en raison du développement de variétés améliorées dans certaines cultures (devenues les cultures principales) et de technologies de gestion plus efficaces. Les instituts de recherche publics ont joué un rôle primordial à cet égard en développant et en multipliant les semences. Le développement des hybrides a marqué le début d'une nouvelle ère : les semences ne pouvant plus être réutilisées, les fermiers sont devenus dépendants des fournisseurs à chaque saison. Ce marché perpétuel généré par les hybrides a attiré de nombreuses sociétés privées et multinationales dans le business des semences. Ce sont les quelques cultures où les hybrides prévalent qui ont attiré les sociétés privées et ont conduit à leur concentration. Avec les OGM, le problème a empiré : les quelques multinationales impliquées dans ce commerce ont acquis le contrôle propriétaire sur ces technologies. Par ailleurs, l'affaiblissement de la recherche publique et les fusions et acquisitions dans le secteur semencier privé ont donné le contrôle monopolistique à l'industrie, tandis que les nouveaux cadres réglementaires nationaux et internationaux qui restreignent le droit des fermiers de réutiliser les semences d'une part et le développement des régimes de propriété intellectuelle d'autre part ont donné aux entreprises les droits exclusifs sur les semences et sur les technologies utilisées pour les développer. Les hybrides, la monoculture, le transport aisé de semences dont un faible volume est nécessaire, les marges importantes et les technologies propriétaires incitent irrésistiblement les sociétés privées à entreprendre dans la production de semences¹⁵⁸⁹.

A côté de cela, et pour contrer cette évolution, des ONG indiennes ont créé des banques de semences pour certaines cultures au niveau de villages. Ces banques se concentrent sur la sélection et la réutilisation de semences de qualité par les agriculteurs pour maintenir la diversité variétale et de culture. Elles planifient et gèrent les exigences en matière de semences pour le village. Les agriculteurs sont formés sur la façon de sélectionner, d'obtenir et de conserver des semences à partir de leurs cultures. L'autosuffisance est réalisée au niveau du village ou de la communauté.

Cependant, de tels efforts restent relativement dérisoires, regrette le CSA : le soutien des gouvernements et l'implication plus large des agriculteurs manquent cruellement, les raisons principales étant que les semences traditionnelles ne rencontrent pas les attentes des fermiers et des marchés, que la recherche parallèle pour réaliser des sélections afin d'améliorer les caractères fait défaut, et que de bons systèmes semenciers institutionnels qui puissent assurer la qualité et l'approvisionnement manquent également. C'est sur ces points que ce Centre préconise d'agir, c'est-à-dire sur des processus d'innovation, des systèmes institutionnels et des technologies qui

¹⁵⁸⁹ C'est donc sur ces points que des réponses politiques devraient être apportées.

contribuent à la diversité existante et à la production de nouvelles lignées qui rencontrent les besoins des agriculteurs.

Pour ce faire, le Centre s'applique à construire un réseau :

- de personnes et d'agriculteurs engagés dans la conservation et la restauration de variétés existantes (anciennes, traditionnelles, nouvelles), à partager et à populariser parmi les agriculteurs ;
- de cultivateurs et d'organisations qui peuvent générer des données VCU (Value for Cultivation et Use) sur les variétés traditionnelles ou améliorées dans différentes conditions agro-climatiques et de culture en utilisant la sélection variétale participative, les catalogues publiés à partir de ces données et partagés permettant par ailleurs d'établir l'antériorité de la technique et de prévenir, dans une certaine mesure, la biopiraterie ;
- de fermiers obtenteurs engagés, via les principes de la sélection variétale participative, dans la sélection et le développement de sélection « de maintenance » (destinée à conserver la qualité des lignées via des sélections continues) et de nouvelles variétés (ou d'hybrides) qui prennent en compte les besoins et demandes spécifiques des agriculteurs ;
- d'institutions agricoles impliquées dans la production et la vente de semences aux autres agriculteurs (banques de semences communautaires, entreprises semencières communautaires, foires aux semences, ...). L'idée est que des banques de semences communautaires établies au niveau des villages puissent être fédérées en un réseau de production, de stockage, de distribution et de vente décentralisé dans lequel les organisations communautaires villageoises joueraient un rôle central.

Mais le Centre va également plus loin en travaillant sur des systèmes semenciers *open source*. Pour rendre de tels systèmes effectifs, une agence faisant office de Fondation pour les semences *open source* ou - si des projets multiples le justifient - de Réseau pour les semences *open source* serait chargée de coordonner les initiatives, de faire naître la confiance entre les partenaires, d'agir au niveau national, de servir de guide sur les aspects de conservation, de génération de données, de sélection participative, d'enregistrement et de licences *open source*. Cette agence gèrerait un pool commun de semences auquel contribueraient les agriculteurs et auprès duquel ils pourraient demander des échantillons. A partir de ce pool commun de matériel génétique, du matériel pourrait être échangé sous couvert d'accords de transfert de matériel (ATM) régis par le droit contractuel et assortis de clauses *open source*. Plusieurs initiatives de ce type pourraient former un Forum mondial pour les initiatives *open source*.

Pour contrer les OGM et les régimes propriétaires, et pour conserver la biodiversité existante, plusieurs individus, fermiers, obtenteurs et organisations indiens se sont ainsi rassemblés en 2012 pour initier un dialogue sur la formation d'un réseau pour les semences *open source* (du nom de *Apna Beej*) et sur l'élaboration d'un cadre institutionnel et légal rendant possibles des systèmes semenciers *open source*. Ce réseau est en cours de formation, ainsi que le travail d'établissement de données VCU, de production et de vente de semences à d'autres agriculteurs via des coopératives agricoles. Actuellement cette initiative est intégrée au programme de recherche du CSA.

Des mécanismes légaux doivent donc être construits pour prévenir les monopoles exclusifs sur le matériel génétique, sur ses dérivés et sur les savoirs associés à son utilisation, des mécanismes basés sur les principes suivants :

- l'accès libre: toute personne ou organisation engagée dans un accord *open source* reçoit la liberté d'accès et d'usage pour le matériel concerné via un accord de transfert de matériel ;

- la liberté d'utilisation : les agriculteurs reçoivent la liberté d'utiliser, de réutiliser, d'échanger et de vendre le matériel génétique, et les sélectionneurs la liberté de sélection. Quelques contraintes accompagnent ces libertés : la reconnaissance de la source du matériel génétique doit être claire ; les dérivés doivent être distribués sous accord *open source* ; les modifications génétiques ne sont pas permises ; les semences sont produites et commercialisées par les fermiers et les coopératives agricoles ; un partage des bénéfices doit être appliqué avec le réseau de semences *open source* afin que l'initiative puisse se pérenniser ; et les nouvelles lignées doivent recevoir la même dénomination variétale, mais peuvent néanmoins être commercialisées sous une marque différente ;

- faire du secteur public un partenaire de la sélection *open source* via une *General Public License for Plant Germplasm* (GPLPG). Le CSA lance ainsi l'idée que toutes les collections publiques pourraient être sous GPLPG. Il suggère que des mécanismes comme les licences Open Software License/General Public License (OSL/GPL) pourraient contrer le dépôt de brevets sur le matériel génétique végétal : une licence GPL n'empêcherait pas directement le dépôt de brevets (ou de toute autre forme de droit de propriété intellectuelle) sur le matériel génétique végétal, mais rendrait cette protection inutile car la GPL implique le partage et l'utilisation libre des générations successives et des dérivés du matériel génétique concerné. Un brevet déposé sur du matériel génétique ne générerait donc aucun revenu à partir des générations suivantes et des lignées dérivées. De plus, la nature virale de la GPL implique que si le matériel génétique est utilisé en recombinaison génétique, cela aura pour effet d'élargir le pool de matériel génétique non susceptible d'être approprié par brevet. Faire appliquer la GPL en cas de violations pourrait ne pas être aisé, étant donné les ressources financières qui s'avèreraient nécessaires, mais la simple révélation de violations pourrait avoir pour effet de discréditer les organismes coupables de ces pratiques, estime le CSA ;

- prévenir la biopiraterie et la bioprospection : le Centre juge également que, de la même façon, la GPL pourrait être dissuasive face à la biopiraterie car, en cas de demande de collecte de matériel génétique, un ATM incorporant des dispositions GPL serait utilisé. Par ailleurs, peu de bioprospecteurs intéressés par la commercialisation souhaiteront collecter dans des conditions *open source*. De nouveau, faire appliquer la GPL en cas de violations serait sans doute compliqué, mais le CSA part du principe qu'un organisme pratiquant la biopiraterie prendrait le risque de se discréditer lui aussi ;

- prévenir l'usage de ressources génétiques dérivées dans les programmes de sélection propriétaires : tout mélange de matériel génétique GPL avec du matériel génétique protégé par des droits de propriété intellectuelle compromettrait potentiellement le caractère propriétaire ;

- développer un cadre institutionnel et légal qui reconnaisse la souveraineté collective des fermiers sur les semences : grâce aux ATM reconnus par le droit et devenus

courants dans la pratique conventionnelle, de nouvelles institutions et de nouveaux statuts légaux ne sont pas nécessaires pour ce faire. Les droits sur le matériel génétique sont assignés à une collectivité. Les individus ou organismes qui ne veulent pas partager s'excluent automatiquement de ces *protected commons* ;

- développer un cadre institutionnel et légal qui permette aux fermiers de conserver, d'améliorer, d'échanger librement et de vendre les semences : sous licence GPL, cette liberté comporte en échange l'obligation d'offrir la même liberté aux autres membres de la collectivité. Il s'agit de *protected commons* légalement sécurisés ;

- développer un cadre institutionnel dans lequel les fermiers et les scientifiques travaillent ensemble au développement de variétés qui contribuent à des systèmes agricoles soutenables : la GPL offre aux institutions publiques de recherche le moyen de retrouver leur liberté perdue dans le cadre de la multiplication des collaborations avec le secteur privé ;

- développer un cadre pour le commerce de semences qui ne soient ni brevetées, ni assorties de restrictions d'usage : la GPL crée un marché de niche qui ne rend pas nécessaires des marges importantes et qui sert les intérêts des utilisateurs de semences et non ceux des investisseurs.

- garantir la qualité : le réseau est responsable de garantir la qualité des semences selon les principes d'un Système Participatif de Garantie (SPG) formulés et partagés par tous les membres de ce SPG ;

- protéger les savoirs traditionnels associés à la biodiversité en mettant au point un système de licence qui prévienne les abus, usages inappropriés et appropriations frauduleuses des savoirs traditionnels.

En conclusion, résumant ces rapports, le modèle *open source* pourrait être appliqué pour les variétés développées, ainsi d'ailleurs que pour tout produit utilisé en agriculture (machines, partage de l'information et du savoir, etc.).

3) Conclusion concernant le modèle *open source*

Comme le révèlent ces deux exemples, les initiatives *open source* comportent des atouts. Néanmoins, elles demeurent dans le paradigme de la propriété intellectuelle, or protéger une variété publique par une licence ouverte revient à la retirer du domaine public pour la soumettre au droit privé. Certains remarquent que cette privatisation d'un bien public pourrait être considérée comme illégale, même si la justice ne semble pas encore avoir été saisie de cette question¹⁵⁹⁰. Par ailleurs, certaines initiatives *open source* pourraient n'avoir pour objectif que la création de nouveaux marchés. Enfin, n'étant pas soutenues politiquement, ces initiatives n'ont pas encore trouvé le moyen d'être aussi solides et contraignantes légalement que les brevets et les droits d'obtention végétale. Sur la question des semences, elles peuvent dès lors se révéler très intéressantes, mais ne constituent pas la panacée.

¹⁵⁹⁰ F. Thomas, V. Boisvert, *op. cit.*, p. 188.

5. Conclusion du chapitre : comment sortir de cette impasse ?

De nombreuses mesures politiques devraient être mises en œuvre pour sortir de l'impasse écologique, économique et sociale dans laquelle nous nous sommes installés. Au terme de cette recherche, en effet, on peut difficilement contester que de telles mesures s'imposent. Pourtant, leur exposé ci-dessous ne manquera pas de faire sourire, tant il est également évident que beaucoup semblent encore utopiques, dans le contexte contemporain. Citons-en pourtant quelques-unes en rapport avec la question examinée dans ce chapitre.

Les solutions internes au droit de la propriété intellectuelle ne semblent pas, dans le domaine agricole, avoir fait la preuve d'une grande efficacité. En effet :

- les exceptions au droit des brevets se sont révélées peu opérantes (licences obligatoires) ou ont été contournées ;
- les tentatives de créer, au sein du secteur public, des *patents pools* dans le secteur des biotechnologies ne se sont pas avérées efficaces et ne semblent pas avoir permis au secteur public de contourner les problèmes liés aux brevets comme, par exemple, les maquis de brevets (contrairement au secteur privé pour lequel les *patents pools* sont des stratégies efficaces)¹⁵⁹¹ ;
- de même, les initiatives *open source* dans le domaine agricole ne se révèlent pas aussi efficaces que ce qui serait souhaité.

Dès lors, dans le domaine de la propriété intellectuelle, aux niveaux international et national, il paraît impératif :

- de faire marche arrière en matière de propriété intellectuelle, notamment sur la question des brevets sur le « vivant », tant au niveau des accords, que de la jurisprudence et des interprétations des offices de brevets, c'est-à-dire :
- d'exclure de la brevetabilité les végétaux et les animaux, génétiquement modifiés ou non, les variétés végétales et les races animales, les parties et composantes des végétaux et des animaux, y compris les gènes (sans quoi l'exclusion des végétaux et animaux est contournée), même si le demandeur du brevet fait état d'un travail pour les isoler ou en identifier les propriétés ;
- d'exclure de la brevetabilité les méthodes conventionnelles de sélection végétale, même lorsque la sélection est assistée par des marqueurs génétiques ;
- de renforcer et de réglementer le domaine public pour lutter contre sa confiscation ;
- de rendre plus sévères les exigences de protection, notamment le degré d'inventivité, la nouveauté et l'état de l'art de façon à rendre non brevetables les éléments biologiques préexistants ;
- de redéfinir plus strictement la distinction entre découverte et invention : de réaffirmer que tout matériel biologique ou substance naturelle qui a été isolé de son environnement

¹⁵⁹¹ Voir S. Vanuxem, *La tentative PIPRA (Public Intellectual Property Resource for Agriculture) un commun en propriété intellectuelle sur les biotechnologies agricoles ?*, in *Revue internationale de droit économique* 2014/2 (t. XXVIII), p. 235-259.

naturel ou dont les fonctions ont été identifiées n'est pas une invention¹⁵⁹² ; d'exclure les découvertes de la protection par brevet ou par DOV ;

- de faire marche arrière au niveau des limitations du privilège de l'agriculteur ; de revenir à la conception selon laquelle la propriété intellectuelle est l'exception et les semences de ferme le principe ;
- de résoudre le problème que pose l'autofinancement des offices des brevets/de protection des obtentions végétales ;
- de ne plus conclure d'accords bilatéraux et multilatéraux négociés sans transparence et sans participation démocratique ; de faire marche arrière là où de tels accords entravent le développement ;
- d'aborder la question des biotechnologies et de leur protection non pas technique par technique, mais dans son ensemble, et de déterminer un cadre éthique général.

Dans le domaine des politiques et des pratiques agricoles, il est urgent :

- de revenir à une agriculture plus extensive ;
- de diminuer la dépendance aux intrants chimiques toxiques ;
- de recourir à une diversité de variétés locales adaptées et de favoriser les échanges de semences ;
- d'assurer une meilleure gestion de chaque écosystème ;
- de favoriser la production et le commerce de semences réellement biologiques, de semences libres de droits de propriété intellectuelle, de semences autres que les hybrides F1, et de semences non OGM ;
- de promouvoir la conservation *in situ* des ressources ;
- de financer et de multiplier les banques de semences au nord et au sud, les banques locales et communautaires et les initiatives de conservation des variétés locales ; de faciliter l'accès à ces banques par les agriculteurs et les populations et de faciliter les échanges de matériel végétal entre banques internationales et régionales et entre banques régionales et locales ;
- de revoir les critères requis pour l'inscription aux catalogues de semences (DHS et VCU) ; d'ouvrir les catalogues aux variétés du domaine public, aux semences de conservation, aux semences locales, traditionnelles, paysannes et non DHS ; de supprimer les redevances pour l'inscription et le maintien de ces variétés aux catalogues ; de ne pas en limiter le commerce et la culture ; de développer la production et la commercialisation de ces variétés ;
- de faire marche arrière en matière de politiques d'ouverture aux OGM ;
- de ne pas privatiser les contrôles dans le domaine agricole ;
- de lutter contre l'accaparement des terres en instaurant une démocratie participative, en rétablissant les droits des peuples et communautés sur leurs territoires.

¹⁵⁹² Le rapport suivant aboutit à des conclusions similaires : C. M. Correa, *Sécurité alimentaire et flexibilités relatives aux brevets dans le cadre de l'ADPIC. Options pour les PVD*, International Center for Trade and Sustainable Development – Quaker UN Office, sept. 2012.

Au niveau de la société civile, il importe :

- de revendiquer et de construire une démocratie participative ;
- de ne plus se reposer sur le marché et l'Etat comme s'ils étaient au service de l'intérêt général ;
- de créer des mouvements d'opposition, de désobéissance et de lutte ; d'initier des pratiques alternatives et collaboratives, par exemple en agriculture biologique : de mettre en place des systèmes participatifs autour de producteurs locaux pratiquant une agriculture écologique, de lancer des initiatives locales de conservation et d'échange de semences, ... ;
- d'élargir cette démarche à tous les aspects de la vie de façon à reconquérir notre autonomie.

Néanmoins, ce que suggère l'ensemble de cette recherche, c'est que, dans l'état actuel des rapports de force, il semble illusoire d'attendre passivement des réponses politiques : elles se seraient déjà manifestées. De nombreux acteurs et auteurs appellent à redéfinir, protéger et promouvoir le domaine public : ils ont raison. Mais telle n'est pas la volonté politique actuelle : la redéfinition, la protection, la promotion et la réglementation du domaine public ne sont pas à l'agenda politique¹⁵⁹³. Dès lors, ce sont les rapports de force eux-mêmes qu'il importe de modifier en multipliant les initiatives citoyennes alternatives fondées sur une approche collaborative (y compris lorsque ces initiatives sont dans l'illégalité, puisque le droit est partisan). Il faut bien reconnaître que les initiatives locales et souvent modestes en matière d'agriculture soutenable et de maintien de la biodiversité sont pour l'heure insuffisantes pour modifier les politiques globales qui conduisent à la destruction des ressources phytogénétiques traditionnelles, mais elles sont indispensables : ces initiatives doivent se poursuivre, se développer, se multiplier, gêner les pouvoirs en place et se coordonner afin de créer des mouvements qui puissent devenir des contre-pouvoirs portés par le but et l'espoir d'enrayer et d'inverser les tendances lourdes. Cette recherche suggère cependant incidemment que, pour parvenir à modifier le droit en faveur de la soutenabilité sociale et écologique, c'est aussi nos démocraties qu'il faudra réformer vers des formes plus participatives, plus représentatives de l'intérêt général.

¹⁵⁹³ Ainsi, nous avons constaté à travers ce chapitre, comme l'explique par ailleurs F. Thomas, V. Boisvert, *op. cit.*, p. 14, 23, 29, 103, 115 et 195, que la seule voie de conservation de la nature mise en pratique aujourd'hui est sa mise en valeur économique en vertu de la théorie selon laquelle les équilibres des marchés permettent d'atteindre des optimums dans l'allocation des ressources. La logique de faire du marché le principal instrument des politiques de mise en valeur et de conservation de la biodiversité a même gagné les pays en développement. La biodiversité est devenue un biocapital. Néanmoins, l'Etat s'avère encore nécessaire, notamment pour établir le droit de propriété intellectuelle et, en utilisant des formulations permettant de rendre n'importe quels objectifs contradictoires apparemment compatibles, pour créer des processus de régulation au profit de certains acteurs.

6. Bibliographie du chapitre

Ouvrages

Alliance pour un monde responsable, pluriel et solidaire, *Privatisation du vivant. Du refus aux contre-propositions*, Editions Charles Léopold Mayer, 2003.

Arnaud D., Ilbert H., Mongrueil R. (coordonné par), *Biodiversité : le fruit convoité*, Actes des journées d'études de juin 1993, FPH/Solagral 1994.

Aubertin C., Vivien F-D, *Les enjeux de la biodiversité*, Ed. Economica, 1998.

Thomas F., Boisvert V. (sous la direction de), *Le pouvoir de la biodiversité. Néolibéralisation de la nature dans les pays émergents*, IRD et Quae Editions, 2015.

Brac de la Perrière R. A., *Le piège transgénique ? Vers un nouveau dialogue entre la recherche et le monde agricole*, Editions Charles Léopold Mayer, 1999.

Brac de la Perrière R. A., Seuret F., *Plantes transgéniques. Une menace pour les paysans du Sud*, Editions Charles Léopold Mayer, 1999.

Brun J-M, *Le défi alimentaire mondial. Des enjeux marchands à la gestion du bien public*, la Librairie FPH, 1996.

Correa C.M., Velasquez G., *Comment préserver l'accès aux médicaments. Innovation pharmaceutique et santé publique*, L'Harmattan, 2010.

Gérard P., F. Ost, M. van de Kerchove, *Images et usages de la nature en droit*, Publication Fac. St Louis, 1993.

Levêque C., *La biodiversité*, PUF, 1997.

Noiville C., *Ressources génétiques et droit*, Pedone, 1997.

Petrella R., *Le bien commun. Eloge de la solidarité*, Labor 1996.

Rebut E., *Les entreprises face à la gouvernance mondiale de la biodiversité*, L'Harmattan, 2007.

Rocher J., *Après les feux de paille. Politiques de sécurité alimentaire dans les pays du Sud et mondialisation*, Editions Charles Léopold Mayer, 1998.

Saporta I., *Le livre noir de l'agriculture*, Fayard, 2011.

Sterckx S., *Biotechnology, Patents and Morality*, Ashgate Publishing Ltd, 2000.

VECAM (coordonnée par l'association), *Libres savoirs, les biens communs de la connaissance*, C&F éd., 2011, disponible en ligne sur <http://vecam.org/archives/rubrique135.html> (consulté le 7 février 2016).

Velasquez G., Correa C., *L'accès aux médicaments. Entre le droit à la santé et les nouvelles règles du commerce international*, L'Harmattan, 2009.

Wagenhofer E., Annas M., *Le marché de la faim*, Actes Sud, 2007.

Articles scientifiques, thèses, mémoires, rapports officiels

Bekkouche M. A., *La récupération du concept de patrimoine commun de l'humanité par les pays industriels*, en ligne sur <http://rbd.bruylant.be/public/modele/rbd/content/files/RBDI%201987/RBDI%201987-1/Etudes/RBDI%201987.1%20-%20pp.%20124%20%C3%A0%20137%20-%20Adda%20Bekkouche.pdf> (consulté le 5 août 2015).

Anvar S. L., *Semences et droit. L'emprise d'un modèle économique dominant sur une réglementation sectorielle*, thèse de doctorat, 2008, en ligne sur <http://tel.archives-ouvertes.fr/docs/00/33/57/66/PDF/20081030> (consulté le 5 août 2015).

Berlan J.-P., *Recherche sur l'économie politique d'un changement technique : le maïs hybride*, thèse de doctorat, Faculté de sciences économiques, Université Aix-Marseille, 1987.

Blary-Clément E., E. Brosset, H. Gaumont-Prat, *La brevetabilité du vivant en question : la remise en cause aux États-Unis de la brevetabilité de l'ADN isolé : analyse et comparaison avec la législation européenne*, in *Biotechnologies, Cahiers Droit, Sciences & Technologies*, 4, 2014, p. 201-212, en ligne sur <http://cdst.revues.org/336> (consulté le 6 février 2016).

Boche M., Pouch T., *L'usage conflictuel des terres agricoles : nouvel enjeu géoéconomique de la mondialisation*, in *Cahier Demeter*, 26 mai 2015, en ligne sur http://www.clubdemeter.com/pdf/cahier/15/l_usage_conflictuel_des_terres_agricoles_nouvel_enjeu_geo_economique_de_la_mondialisation.pdf (consulté le 13 septembre 2015).

Busingye J., W. Keim, *Un champ de bataille politique : négocier un espace protégé pour les savoirs autochtones et traditionnels dans le système capitaliste*, in *Revue internationale des sciences sociales*, 1/2010 (n° 195), p. 47-66, en ligne sur <http://www.cairn.info/revue-internationale-des-sciences-sociales-2010-1-page-47.htm> (consulté le 27 janvier 2016).

CGIAR, *Intellectual Assets Report for Year 2013*, juin 2014, en ligne sur <http://library.cgiar.org/bitstream/handle/10947/3070/CGIAR%20Intellectual%20Assets%20Report%20for%202013.pdf?sequence=4> (consulté le 29 septembre 2015).

Collot P-A, *La protection des savoirs traditionnels, du droit international de la propriété intellectuelle au système de protection sui generis*, in *Droit et cultures*, n° 53, 2007-1, en ligne sur <http://droitcultures.revues.org/502?lang=en> (page consultée le 6 août 2015).

d'Humières B. , *Les obstacles d'ordre juridique et économique à l'exploitation en agriculture biologique*, mémoire 2007, Institut des hautes études de droit rural et d'économie agricole – IHEDREA, en ligne sur http://www.memoireonline.com/07/07/529/obstacles-juridiques-economiques-exploitation-agriculture-biologique.html#_Toc148288580 (consulté le 8 août 2015).

Defeyt P. , *Temps de travail : évolutions historiques et enjeux de court et moyen termes*, janvier 2016, Institut pour un développement durable, en ligne sur <http://www.iddweb.eu/docs/TempsTravail2016.pdf>.

Ducos G. , J-L Pujol et A. Teillant (Commissariat général à la stratégie et à la prospective), *Pour un secteur des semences dynamique et innovant*, in *La Note d'Analyse*, 10/2013, n°5, en ligne sur

<http://www.strategie.gouv.fr/sites/strategie.gouv.fr/files/archives/2013-10-01-semences-NA05-OK.pdf> (consulté le 11 août 2015).

Faivre Petit F. (cabinet Regimbeau), *La Cour Suprême des Etats-Unis revient sur plus de 30 ans de pratique : l'ADN isolé n'est à présent plus brevetable*, 26 juin 2013, en ligne sur http://www.regimbeau.eu/REGIMBEAU/Web/Pages/Article.aspx?Language=FR&Article_Id=454 (consulté le 7 février 2016).

FAO, *Deuxième Rapport sur l'état des ressources phytogénétiques pour l'alimentation et l'agriculture dans le monde*, 2010, en ligne sur <http://www.fao.org/docrep/014/i1500f/i1500f00.htm> (consulté le 7 février 2016).

Faugère E., Louafi S., *Le nouveau climat des expéditions naturalistes au sud. L'exemple de Santo 2006 au Vanuatu*, in *Revue Tiers Monde* 3/2011 (n°207), p. 79-96, en ligne sur www.cairn.info/revue-tiers-monde-2011-3-page-79.htm (consulté le 7 février 2016).

Gadrey J., *Grand marché transatlantique : attention danger !*, in *Revue Projet*, mars 2014, n. 340, en ligne sur <http://www.cairn.info/revue-projet-2014-3-page-80.htm> (consulté le 7 septembre 2015).

Griffon M., *La Révolution doublement verte (introduction)*, Académie d'agriculture, CIRAD, séance du 5 mai 2004, en ligne sur http://pub.craaq.qc.ca/persp_2005/AcademieAgriculture_GriffonM.pdf.

Haut Conseil des Biotechnologies, *Biotechnologies végétales et propriété industrielle*, 2 juin 2013, en ligne sur http://www.hautconseilbiotechnologies.fr/sites/www.hautconseilbiotechnologies.fr/files/file_fields/2015/06/29/130612proprieteindustriellerecommandationceeshcb.pdf (consulté le 5/2/2016).

Ker C., *Propriété intellectuelle et catalogue des variétés végétales. Le droit dans la semence*, in *Agroécologie, entre pratique et sciences sociales*, 2012, Dijon, Educagri éditions, p. 97-114.

Ker C., *Loi, innovation variétale et diversité biologique*, in *Biens communs mondiaux: 1er Congrès interdisciplinaire du développement durable*, 31 janvier et 1er février 2013, 2013, Namur, Ed. Service Public de Wallonie, p. 41-59.

Kloppenburger J., *Re-purposing the master's tools: the open source seed initiative and the struggle for seed sovereignty*, in *The Journal of Peasant Studies* 2014, en ligne sur [https://opensource.com/sites/default/files/images/law-uploads/Kloppenburger%202014%20re-purposing%20the%20master's%20tools%20\(JPS\).pdf](https://opensource.com/sites/default/files/images/law-uploads/Kloppenburger%202014%20re-purposing%20the%20master's%20tools%20(JPS).pdf) (consulté le 7/2/2016).

Lesser W., *CGIAR at 31: An Independent Meta-Evaluation of the Consultative Group on International Agricultural Research*, Thematic Working Paper Review of Biotechnology, Genetic Resource, and Intellectual Property Rights Programs, World Bank, 2003, en ligne sur [http://lnweb90.worldbank.org/oed/oeddoclib.nsf/DocUNIDViewForJavaSearch/8710F93D520A7CB985256D560055D544/\\$file/cgiar_wp_lessor.pdf](http://lnweb90.worldbank.org/oed/oeddoclib.nsf/DocUNIDViewForJavaSearch/8710F93D520A7CB985256D560055D544/$file/cgiar_wp_lessor.pdf) (consulté le 7 février 2016).

Mercer H., *L'accès et le partage des avantages des savoirs traditionnels en Amérique latine : comment les droits de propriété intellectuelle peuvent empêcher la biopiraterie* (thèse), Université de Montréal, 2013, en ligne sur <https://papyrus.bib.umontreal.ca/xmlui/handle/1866/11389> (consulté le 27 janvier 2016).

Morin J-F, *Les accords bilatéraux et régionaux de propriété intellectuelle dans la francophonie*, UNISFERA, juin 2003, en ligne sur http://www.ameriques.uqam.ca/pdf/ADPIC_franco_Morin.pdf (consulté le 2 septembre 2015).

Okusu H., *Biotechnology Research in the CGIAR: An Overview*, in *The Journal of Agrobiotechnology Management and Economics*, vol. 12, n° 1, article 7, en ligne sur <http://www.agbioforum.org/v12n1/v12n1a07-okusu.htm> (consulté le 25 septembre 2015).

OMPI, *Savoirs traditionnels : besoins et attentes en matière de propriété intellectuelle, Rapport de l'OMPI sur les missions d'enquête consacrées à la propriété intellectuelle et aux savoirs traditionnels (1998-1999)*, 2001, en ligne sur http://www.wipo.int/edocs/pubdocs/fr/tk/768/wipo_pub_768.pdf (page consultée le 6 août 2015).

OMPI, *Protection des savoirs traditionnels: projet d'analyse des lacunes y relatives: version révisée*, 2008, WIPO/GRTKF/IC/13, en ligne sur http://www.wipo.int/meetings/fr/doc_details.jsp?doc_id=109672 (page consultée le 6 août 2015)

OMPI, *Les tribunaux américains aux prises avec la question des objets susceptibles de protection par brevet*, juin 2012, en ligne sur http://www.wipo.int/wipo_magazine/fr/2012/06/article_0006.html (consulté le 6/2/2016).

OMPI, *Projet de principes directeurs de propriété intellectuelle applicables à l'accès aux ressources génétiques et au partage équitable des avantages découlant de leur utilisation*, projet soumis à consultation, février 2013, en ligne sur http://www.wipo.int/export/sites/www/tk/fr/resources/pdf/redrafted_guidelines.pdf (page consultée le 6 août 2015).

Ratuva S., *La marchandisation des savoirs culturels. La science occidentale au service des grandes entreprises et les savoirs autochtones du Pacifique*, in *Revue internationale des sciences sociales* 1/2010 (n° 195), p. 179-190, en ligne sur www.cairn.info/revue-internationale-des-sciences-sociales-2010-1-page-179.htm (consulté le 7/03/2016).

Reis P., *Les exceptions au monopole dans le Traité UPOV : le cas des semences de ferme ou le prétendu privilège de l'agriculteur*, Universidad de Costa Rica, in *Les aspects juridiques de la valorisation des denrées alimentaires*, Sieden Costa Rica, p.114-129, 2011, en ligne sur <https://hal.archives-ouvertes.fr/halshs-00721113/document> (consulté le 7 février 2016).

South Center, *La propriété intellectuelle dans les accords d'investissement : les répercussions des mesures ADPIC-plus sur les pays en développement*, mai 2005, document SC/TADP/AN/IP/5 SC/TADP/AN/INV/2, en ligne sur http://www.southcentre.int/wp-content/uploads/2013/07/AN_IP5_Intellectual-Property-in-Investment-Agreements_EN.pdf (consulté le 2 septembre 2015).

Thomas F., *Biodiversité, biotechnologie et savoirs traditionnels*, in revue *Tiers-Monde*, 2006, vol. 47, n° 188, p 825-842, en ligne sur http://www.persee.fr/web/revues/home/prescript/article/tiers_1293-8882_2006_num_47_188_6464 (page consultée le 5 août 2015).

Thomas F., *Les éthiques du partage des avantages dans la gouvernance internationale de la biodiversité sauvage et cultivée*, in *Revue Ethique publique*, vol. 16, n°1, 2014, en ligne sur <http://ethiquepublique.revues.org/1392> (consulté le 29 septembre 2015).

UNESCO, J. Blake, *Elaboration d'un nouvel instrument normatif pour la sauvegarde du patrimoine culturel immatériel. Eléments de réflexion*, 2002, en ligne sur <http://unesdoc.unesco.org/images/0012/001237/123744f.pdf> (consulté le 5 août 2015).

Urena H. M., *Les contrats de bio-prospection, des outils pour le développement durable ?*, in F. Collart Dutilleul, *De la terre aux aliments, des valeurs au droit*, Inida (Costa Rica), pp.337-364, 2012, en ligne sur <https://halshs.archives-ouvertes.fr/hal-00926390/document> (consulté le 29 septembre 2015).

Vanuxem S., *La tentative PIPRA (Public Intellectual Property Resource for Agriculture) un commun en propriété intellectuelle sur les biotechnologies agricoles ?*, in *Revue internationale de droit économique* 2014/2 (t. XXVIII), p. 235-259.

Vogel L., E. Van Den Abeele, *Better Regulation : perspectives critiques*, ETUI, Bruxelles, 2010, 80 p.

Journaux, magazines, blogs d'information, sites spécialisés

Astier M. et Chauveau F., *Quand les multinationales de l'agrobusiness s'achètent une vertu climatique*, 2015, en ligne sur <http://www.reporterre.net/Quand-les-multinationales-de-l> (consulté le 25 septembre 2015).

Bolis A., *Des Etats-Unis à l'Europe. A qui appartiennent les plantes cultivées ?*, in *Le Monde.fr*, 20/05/2013, en ligne sur http://mobile.lemonde.fr/planete/article/2013/05/17/des-etats-unis-a-l-europe-a-qui-appartiennent-les-plantes-cultivees_3235181_3244.html (consulté le 1/01/2016).

Bréville B. et M. Bulard, *Des tribunaux pour détrousser les États*, juin 2014, in *Le Monde diplomatique.fr*, en ligne sur <http://www.monde-diplomatique.fr/2014/06/BREVILLE/50487> (consulté le 7 septembre 2015).

Bulard M., *Libre-échange, version Pacifique*, in *Le Monde diplomatique.fr*, novembre 2014, en ligne sur <http://www.monde-diplomatique.fr/2014/11/BULARD/50970> (consulté le 2 septembre 2015).

Cassier M., *La Cour suprême libère les gènes*, in *Le Monde.fr*, 3/7/2013, en ligne sur http://www.lemonde.fr/sciences/article/2013/07/03/la-cour-supreme-libere-les-genes_3439918_1650684.html

Cevallos D., *Activists take fire at CGIAR*, in IPS (agence de presse), 2/11/2004, en ligne sur <http://www.ipsnews.net/2004/11/agriculture-environment-activists-take-fire-at-cgiar/> (consulté le 25 septembre 2015).

Chapelle S., *Europe : la liberté de cultiver entravée par les futurs traités de libre-échange*, 21 mai 2014, in *Le grand soir.info*, 11 mai 2014, en ligne sur <http://www.legrandsoir.info/europe-la-liberte-de-cultiver-entree-par-les-futurs-traites-de-libre-echange.html> (consulté le 2 septembre 2015).

Coroller C., *Les OGM remède à la pénurie alimentaire*, in *Liberation.fr*, 27/10/1999, en ligne sur <http://www.liberation.fr/economie/0101296597-les-ogm-remede-a-la-penurie-alimentaire-c-est-l-avis-de-plusieurs-centres-de-recherches-finances-par-l-onu> (consulté le 25 septembre 2015).

Denoël T., *Pourquoi Albert Frère investit dans les terres agricoles*, in *Le Vif*, 17/05/2013, en ligne sur <http://www.levif.be/info/actualite/belgique/pourquoi-albert-frere-investit-dans-les-terres-agricoles/article-4000304793506.htm> (consulté le 10 octobre 2015).

Hagstrom Report (pas d'auteur mentionné), *World Bank continues CGIAR funding*, 19 août 2015, en ligne sur http://www.hagstromreport.com/2015news_files/2015_0819_world-bank-continues-cgiar-funding.html (consulté le 29 septembre 2015).

Hamilton L., *Linux for Lettuce*, in *VQRonline*, summer 2014, en ligne sur <http://www.vqronline.org/reporting-articles/2014/05/linux-lettuce> (consulté le 10 novembre 2016).

Jorand J-M, *La Nouvelle Alliance du G8: sécurité alimentaire ou business as usual?*, in *huffingtonpost.fr*, 16/06/2013, en ligne sur http://www.huffingtonpost.fr/jeannemaureen-jorand/g8-lutte-faim-dans-le-monde_b_3442064.html (consulté le 13 septembre 2015).

Johnson P., *En Colombie, guerre contre les semences au nom du libre-échange*, in *Reporterre*, novembre 2013, en ligne sur <http://www.reporterre.net/En-Colombie-guerre-contre-les> (consulté le 7 septembre 2015).

Kloppenburger J. (interview de), *Open Source Seed Initiative: Sharing Seeds Without Borders*, in *Agroknow Blog*, 21/10/2014, en ligne sur <http://blog.agroknow.com/?p=2001> (consulté le 10 novembre 2015).

Kloppenburger J., *The unexpected outcome of the Open Source Seed Initiative's licensing debate*, in *Open source.com* (en ligne), juin 2014, en ligne sur <http://opensource.com/law/14/5/legal-issues-open-source-seed-initiative> (consulté le 10 novembre 2015).

La Libre.be (auteur non mentionné), *Aide belge à l'accaparement des terres*, 10 juin 2013, en ligne sur <http://www.lalibre.be/actu/planete/aide-belge-a-l-accaparement-de-terres-51bf653fe4b0ac68e0f92c17> (consulté le 13 septembre 2015).

Lean G., *Exposed: the great GM crops myth*, in *Independent.co.uk*, 20/4/2008, en ligne sur <http://www.independent.co.uk/environment/green-living/exposed-the-great-gm-crops-myth-812179.html> (consulté le 25 septembre 2015).

Le Monde.fr (auteur non mentionné), *Limiter l'accaparement des terres agricoles*, 27/04/2012, en ligne sur http://mobile.lemonde.fr/idees/article/2012/04/27/limiter-l-accaparement-des-terres-agricoles_1692335_3232.html (consulté le 13 septembre 2015).

Le Monde diplomatique.fr, *Grand Marché Transatlantique: le dossier*, 27 mai 2014, en ligne sur <http://www.monde-diplomatique.fr/dossier/GMT> (consulté le 2 septembre 2015).

Le Monde.fr (auteur non mentionné), *La course aux terres ne profite pas aux pays du Sud*, 27/04/2012, en ligne sur http://mobile.lemonde.fr/planete/article/2012/04/27/la-course-aux-terres-ne-profite-pas-aux-pays-du-sud_1692292_3244.html (consulté le 13 septembre 2015).

Le Vif (auteur non mentionné), *La flambée des prix de la terre consume les jeunes agriculteurs*, in *Le Vif* (en ligne), 25/07/2015, en ligne sur <http://www.levif.be/actualite/belgique/la-flambee-des-prix-de-la-terre-consume-les-jeunes-agriculteurs/article-normal-407275.html> (consulté le 10 octobre 2015).

Portillo Z., *Open source seed released to nurture patent-free food*, in *SciDevNet*, juin 2014, en ligne sur <http://www.scidev.net/global/agriculture/news/open-source-seed-released-to-nurture-patent-free-food.html> (consulté le 10 novembre 2015).

Stallman R., *En quoi l'open source perd de vue l'éthique du logiciel libre*, in *gnu.org*, en ligne sur <http://www.gnu.org/philosophy/open-source-misses-the-point.html> (consulté le 9 novembre 2015).

Tenenbaum D.J., *The Science Behind the News, Seeds of dilemma: Who owns the genes that fill the stomach?*, in *The Why Files*, septembre 2014, en ligne sur <http://whyfiles.org/2014/seeds-of-dilemma-who-owns-the-genes-that-fill-the-stomach/> (consulté le 10 novembre 2015).

van Kote G., *Le brevetage de la nature en question*, in *Le Monde.fr*, 30/04/2014, en ligne sur http://www.lemonde.fr/planete/article/2014/04/30/le-brevetage-de-la-nature-en-question_4409389_3244.html (consulté le 1/02/2016).

Wallach L.M., *Le traité transatlantique, un typhon qui menace les Européens*, in *Le Monde diplomatique.fr*, novembre 2013, en ligne sur <http://www.monde-diplomatique.fr/2013/11/WALLACH/49803> (consulté le 7 septembre 2015).

Wildfong B., *The Seed Freedom Movement is building Momentum*, in *Seeds of Diversity* summer 2014, en ligne sur <http://osseeds.org/wp-content/uploads/2014/11/Wildfong-2014-open-source-seeds-medium-large.pdf> (consulté le 9 novembre 2015).

ONG, associations environnementales

ACF, le CCFD-Terre Solidaire et Oxfam France, *Rapport - La faim un business comme un autre*, 16 septembre 2014, en ligne sur http://ccfd-terresolidaire.org/IMG/pdf/rapport_nasan_final.pdf (consulté le 13 septembre 2015).

Bazile D., E. A. Martinez, H. Coulibaly, *Droits des agriculteurs sur leurs semences*, in *Grain de sel*, n° 52-53, octobre 2010 – mars 2011, en ligne sur http://www.inter-reseaux.org/IMG/pdf/P15_16et17_Dossier_Droits_agriculteurs.pdf (consulté le 7 février 2016).

Berlan J-P, *La directive 98/44 au service des sciences de la mort*, pas de date mentionnée, en ligne sur http://kokopelli-semences.fr/articles/jp_berlan (consulté le 1/02/2016).

Climate-Smart Agriculture Concerns, *Corporate-Smart Greenwash: why we reject the Global Alliance on Climate-Smart Agriculture*, septembre 2014, en ligne sur <http://www.climatesmartagconcerns.info/rejection-letter.html> (consulté le 29 septembre 2015).

Correa C. M., *Sécurité alimentaire et flexibilités relatives aux brevets dans le cadre de l'ADPIC. Options pour les PVD*, International Center for Trade and Sustainable Development – Quaker UN Office, sept. 2012, en ligne sur <http://www.ictsd.org/downloads/2012/10/securite-alimentaire-et-flexibilites-relatives-aux-brevets-dans-le-cadre-de-l-accord-sur-les-adpic2.pdf> (consulté le 7/2/2016).

CSA (Centre for Sustainable Agriculture), *Building Open Source Seed Systems*, 2014, en ligne sur <http://csa-india.org/wp-content/uploads/2014/11/141029-OSSN-report.pdf> (consulté le 7/2/2016).

CSA, *Open Source Seed Systems*, non daté, en ligne sur http://csa-india.org/wp-content/uploads/2014/11/Open_Source_Seed_Systems_1.0.pdf (consulté le 7/2/2016).

Farmlandgrab.org, *Accaparement des terres agricoles*, 16 mars 2015, en ligne sur <http://farmlandgrab.org/post/view/24665-accaparement-des-terres-agricoles-les-terres-aux-agriculteurs-pas-aux-speculateurs#sthash.8dOf768y.dpuf> (consulté le 13 septembre 2015).

GRAIN et GAIA, *Dix bonnes raisons de ne pas adhérer à l'UPOV*, 1998, en ligne sur <http://www.grain.org/fr/article/entries/46-dix-bonnes-raisons-de-ne-pas-adherer-a-l-upov> (consulté le 11 août 2015).

GRAIN, *Le Projet de traité sur le droit matériel des brevets de l'OMPI*, octobre 2003, en ligne sur <http://www.grain.org/es/article/entries/110-vous-pensez-qu-il-y-a-un-probleme-a-l-omc-le-systeme-mondial-de-brevets-de-l-ompi-pourrait-etre-bien-pire> (consulté le 1/02/2016).

GRAIN, *L'aide en semences, l'agrobusiness et la crise alimentaire*, 27 octobre 2008 (en ligne), en ligne sur <https://www.grain.org/article/entries/712-l-aide-en-semences-l-agrobusiness-et-la-crise-alimentaire> (consulté le 13 septembre 2015).

GRAIN, *Le CGIAR impliqué dans l'accaparement des terres*, 2009, en ligne sur <https://www.grain.org/article/entries/193-le-cgiar-implique-dans-l-accaparement-des-terres-au-niveau-mondial> (consulté le 25 septembre 2015).

GRAIN, *La Banque mondiale doit arrêter de prêter de l'argent aux accapareurs de terres*, 10 juillet 2011, en ligne sur https://www.grain.org/fr/bulletin_board/entries/4291-la-banque-mondiale-doit-arreter-de-preter-de-l-argent-aux-accapareurs-de-terres (consulté le 13 septembre 2015).

GRAIN, *L'accaparement des terres par les fonds de pension et les institutions financières doit cesser*, 29 juin 2012, en ligne sur https://www.grain.org/fr/bulletin_board/entries/4536-l-accaparement-des-terres-par-les-fonds-de-pension-et-les-institutions-financieres-doit-cesser (consulté le 13 septembre 2015).

GRAIN, *Un investissement agricole responsable ? Les efforts actuels visant à réglementer les accaparements de terres ne font qu'empirer la situation*, 30 août 2012, en ligne sur <https://www.grain.org/fr/article/entries/4568-un-investissement-agricole-responsable-les-efforts-actuels-visant-a-reglementer-les-accaparements-de-terres-ne-font-qu-empirer-la-situation> (consulté le 13 septembre 2015).

GRAIN, *Qui est derrière l'accaparement des terres ?*, 14 novembre 2012, en ligne sur <https://www.grain.org/fr/article/entries/4616-diaporama-qui-est-derriere-l-accaparement-des-terres> (consulté le 13 septembre 2015).

GRAIN, *Le G8 et l'accaparement des terres en Afrique*, 11 mars 2013, en ligne sur <https://www.grain.org/fr/article/entries/4664-le-g8-et-l-accaparement-des-terres-en-afrique> (consulté le 13 septembre 2015).

GRAIN, *Lois sur les semences en Amérique latine*, octobre 2013, en ligne sur <https://www.grain.org/article/entries/4807-lois-sur-les-semences-en-amerique-latine-une-offensive-qui-se-poursuit-et-une-resistance-qui-s-intensifie-et-se-multiplie> (consulté le 2 septembre 2015).

GRAIN, *How does the Gates Foundation spend its money to feed the world?*, 2014, en ligne sur <https://www.grain.org/article/entries/5064-how-does-the-gates-foundation-spend-its-money-to-feed-the-world> (consulté le 29 septembre 2015).

GRAIN, *Les accords commerciaux criminalisent les semences de ferme*, novembre 2014, en ligne sur <https://www.grain.org/article/entries/5082-les-accords-commerciaux-criminalisent-les-semences-de-ferme> (consulté le 7 septembre 2015).

Joumard R., *Traités de libre-échanges : citoyens bafoués, multinationales souveraines*, Attac Rhône, mai 2015, en ligne sur http://liege.mpoc.be/doc/europe/-TransAtlantique/Joumard-Robert_Traites-libre-echange_2015.pdf (consulté le 2 septembre 2015).

Kastler G., *Semences : les droits collectifs des paysans, des jardiniers et des communautés contre les droits de propriété intellectuelle*, pas de date mentionnée, en ligne sur http://www.semencespaysannes.org/bdf/docs/a009_droitsagric_kastler.pdf (consulté le 11 août 2015).

Kastler G., *Abroger la loi de protection des semences totalitaires pour libérer les semences fermières et paysannes*, janvier 2012, en ligne sur <http://www.semencespaysannes.org/bdf/bip/fiche-bip-181.html> (consulté le 11 août 2015).

Kastler G., *Un bilan de la loi sur les certificats d'obtention végétale votée le 28 novembre 2011*, 15 janvier 2012, en ligne sur <http://www.semencespaysannes.org/bdf/bip/fiche-bip-181.html> (consulté le 11 août 2015).

Kastler G., Brac de la Perrière R. A., *Position du Réseau semences paysannes sur la commercialisation des semences et la santé des plantes*, in *Penser une démocratie alimentaire*, F. Collart Dutilleul, Ed. Inida, vol. 1, 2013, en ligne sur http://www.semencespaysannes.org/bdf/docs/2013_-11-_kastler_g_et_brac_de_la_perriere_r_position_du_reseau_semences_paysannes_sur_la_commercialisation_des_semences_et_la_sante_des_plantes_in_penser_une_democratie_alimentaire.pdf (consulté le 1/01/2016).

Kastler G., A. Onorati et B. Brac, *Semences et autonomie paysanne*, in *L'Observatoire du droit à l'alimentation et à la nutrition* 2013, en ligne sur http://www.rtfn-watch.org/fileadmin/media/rtfn-watch.org/ENGLISH/pdf/Watch_2013/Watch_2013_PDFs/Separate_article_FR/Observatoire2013_FR_Chapter5_Semences_AutonomiePaysannes.pdf (consulté le 29 septembre 2015).

Metz M., *Semences paysannes. Biodiversité, droits des paysans et souveraineté alimentaire* (dossier), in *Alter Echos*, n°35, mars 2014, en ligne sur <http://sd-g1.archive-host.com/membres/up/7b4bf64f16da844f654f80c3fd19a7a8210d5c4a/AltersEchos-35.pdf> (consultée le 8 août 2015).

Moÿ A-C, G. Kastler (Réseau semences paysannes), *Brevet sur le brocoli : le brocoli va-t-il changer le cours de l'histoire ?*, veille juridique du Réseau semences paysannes, octobre 2010, en ligne sur http://www.semencespaysannes.org/bdf/docs/brevet_brocoli_101010.pdf (consulté le 5/2/2016).

Moÿ A-C, G. Kastler (Info'OGM), *Brevets et DOV : quelles interactions et conséquences ?*, janvier 2011, en ligne sur <http://www.infogm.org/Brevet-et-droit-d-obtention> (consulté le 6/2/2016)

Moÿ A-C (Réseau Semences Paysanne), *Veille juridique sur les semences* (Synthèse d'un texte de G. Kastler, *Abroger la loi de protection des semences totalitaires pour libérer les semences fermières et paysannes*), janvier 2012, en ligne sur http://www.semencespaysannes.org/bdf/docs/loi_sur_les_certificats_d_obtention_v_g_tale_quels_impacts_sur_les_semences_paysannesfinal.pdf (consulté le 8 août 2015).

Moÿ A-C, P. Verriere (Inf'OGM), *Brevet unitaire européen : quels impacts sur les semences ?*, août 2012, en ligne sur <http://www.infogm.org/Brevet-unitaire-europeen-quels> (consulté le 5/2/2016).

Moÿ A-C (Inf'OGM), *Printemps de l'OEB : une floraison de nouveaux brevets*, mai 2013, en ligne sur <http://www.infogm.org/5400-Europe-OEB-floraison-de-nombreux-brevets> (consulté le 5/2/2016).

No Patent on Seeds, *Patent Cases*, pas de date mentionnée, en ligne sur <http://www.no-patents-on-seeds.org/en/information/patent-cases> (consulté le 1/02/2016).

No Patent on Seeds, *Statistics. Patents on plants at the EPO*, mars 2007, en ligne sur http://www.alt.no-patents-on-seeds.org/index.php?option=com_content&task=view&id=40&Itemid=42 (consulté le 1/02/2016).

Prat F. (Inf'OGM), *France : L'exception agricole quasi obtenue pour la loi contrefaçons*, janvier 2014, en ligne sur <http://www.infogm.org/FRANCE-L-exception-agricole-quasi> (consulté le 11 août 2015).

Réseau Semences Paysannes, *Taxer les semences industrielles non reproductibles et non les semences de ferme*, 22 janvier 2011, en ligne sur http://www.semencespaysannes.org/taxer_semences_industrie_non_reproduct_non_se_115-actu_117.php (consulté le 11 août 2015).

Réseau Semences paysannes, *Les variétés de conservation : une toute petite partie de la réponse*, in *Bulletin de liaison* n° 33, en ligne sur http://www.semencespaysannes.org/varietes_conservation_toute_petite_partie_rep_337.php (consulté le 1/02/2016).

Réseau Semences Paysannes, *Loi sur les certificats d'obtention végétale : Quels impacts sur les semences paysannes et fermières ?*, janvier 2012, en ligne sur http://www.semencespaysannes.org/bdf/docs/loi_sur_les_certificats_d_obtention_v_g_tale_quels_impacts_sur_les_semences_paysannesfinal.pdf (consulté le 11 août 2015).

Sharma Y, *Are Gates and CGIAR a good mix for Africa?*, 2010, en ligne sur <http://www.scidev.net/global/biotechnology/feature/are-gates-and-cgiar-a-good-mix-for-africa-.html> (consulté le 29 septembre 2015).

Then C., R. Tippe (No Patent on Seeds), *EPO at crossroads. Reports: Patents and Plants and Animals granted in 2011*, mars 2012, en ligne sur <https://no-patents-on-seeds.org/fr/information/nouvelles/freinons-durgence-loffice-europeen-brevets> (consulté le 13 septembre 2015).

UPA (Union des producteurs agricoles), *Mémoire - accaparement des terres agricoles*, 16 mars 2015, en ligne sur <http://www.upa.qc.ca/fr/publications/2015/03/memoire-accaparement-des-terres-agricoles/> (consulté le 13 septembre 2015).

Via Campesina, *Démasquer l'agriculture intelligente face au climat*, septembre 2014, en ligne sur <http://viacampesina.org/fr/index.php/les-grandsths-mainmenu-27/agriculture-42/1003-demasquer-l-agriculture-intelligente-faceau-climat> (consulté le 29 septembre 2015).

Via Campesina, *Les lois semencières qui criminalisent les paysannes et les paysans*, mars 2015, en ligne sur <http://viacampesina.org/fr/index.php/publications-mainmenu-30/1066-les-lois-semencie-res-qui-criminalisent-les-paysannes-et-les-paysans-re-sistances-et-luttes> (consulté le 29 septembre 2015).

CONCLUSION GENERALE

S'il fallait résumer cette thèse en six lignes de façon abrupte et un brin provocatrice, nous dirions que nous avons montré que certaines pratiques de propriété intellectuelle peuvent être rapprochées des privilèges d'antan. Que les justifications philosophiques de la propriété intellectuelle sont contestables. Que ses justifications économiques le sont tout autant. Que certaines pratiques de propriété intellectuelle ont des conséquences sociétales désastreuses. Et qu'un changement de paradigme économique, culturel et juridique s'impose. Mais résumer cette thèse au seul moyen de ces conclusions fracassantes risquerait d'occulter tout l'intérêt de leurs démonstrations, ce qui ne serait pas rendre justice à ce travail de recherche. Par conséquent, c'est de façon plus classique et plus posée que nous exposerons les résultats de nos recherches dans ces quelques pages conclusives.

Dans le premier chapitre de cette thèse, les développements consacrés à l'émergence du brevet d'une part, du droit d'auteur d'autre part, ont révélé que les tensions autour de ces droits, loin d'être neuves, font partie inhérente de leur histoire depuis leurs origines. En effet, dès la Renaissance italienne, de nombreux esprits ont défendu l'idée d'ouverture et de diffusion des savoirs et, depuis le 17^{ème} siècle en Angleterre, l'établissement de limites aux privilèges touchant quelquefois des produits de base a fait l'objet de multiples revendications. Les condamnations et les critiques envers les privilèges et les monopoles n'ont pas empêché les premières lois sur les brevets de voir le jour aux 17^{ème} et 18^{ème} siècles. Au 19^{ème} siècle, toutefois, un bref, mais très influent mouvement libre-échangiste toucha l'Europe, et de nombreux économistes revendiquèrent l'abolition des monopoles et des brevets. Parallèlement, ce chapitre a montré que, dans le domaine du droit d'auteur, la logique iusnaturaliste (qui met en avant le droit naturel de l'auteur issu de son travail et/ou de son acte de création) et la logique positiviste (selon laquelle un droit temporaire est accordé à l'auteur en échange de la publication de son œuvre au public) ont toutes deux marqué les législations anglaise, française et américaine et que, sur cette question, une tension perceptible entre la doctrine des adeptes du droit de l'auteur et celle des tenants de l'intérêt public a perduré jusqu'à nos jours.

Ce chapitre a ensuite montré que les régimes nationaux de brevet, dont les approches très diverses ont rendu problématiques les dépôts de brevets hors des frontières nationales, ont conduit progressivement à un processus d'internationalisation des régimes de protection. Des pressions politiques et économiques ont ainsi conduit à l'harmonisation progressive des régimes : la diversité des droits nationaux posait en effet trop de problèmes pratiques aux innovateurs, confrontés à des « contrefacteurs » parfaitement dans leurs droits, et la mondialisation n'a fait que renforcer ce besoin d'harmonisation. Selon certaines analyses, les pays émergents prenant le pas sur les pays les plus avancés pour tout ce qui relève de la fabrication, l'innovation reste le seul secteur où les pays occidentaux peuvent conserver le leadership, ce qui expliquerait en grande partie cette évolution.

Dans ce même chapitre, nous avons précisé la nature des principaux droits de propriété intellectuelle contemporains et montré que le droit de propriété intellectuelle est admis comme une exception au principe de liberté du commerce, dans la mesure où il n'engendre pas de pratiques abusives. Ensuite, nous nous sommes intéressée plus particulièrement au brevet. Nous avons montré que celui-ci est défini quelquefois comme un droit de propriété ayant pour objet l'invention, d'autres fois comme un monopole d'exploitation d'une invention dont les conditions sont fixées par la loi ; que ses critères d'attribution (invention et non découverte, nouveauté, inventivité, application industrielle) se sont révélés particulièrement extensibles ces dernières décennies, au point que l'on a soutenu que de nombreux brevets seraient à la limite des critères de brevetabilité et même, dans un certain nombre de cas, bien au-delà ; et enfin que, bien qu'il soit justifié par son intérêt pour la société, on constate de nombreuses pratiques de prises de brevets visant à établir des positions dominantes ou des marchés captifs sources de hauts profits. Dans ce contexte, les accusations selon lesquelles les pratiques en matière de propriété intellectuelle favorisent les intérêts des détenteurs de brevets au détriment des intérêts de la société se sont multipliées ces trois dernières décennies.

Dans ce premier chapitre toujours, le développement consacré à l'origine des brevets biotechnologiques a révélé le rôle déterminant joué par les États technologiquement à la pointe et certaines de leurs industries (industries des colorants synthétiques, puis corporations des sciences de la vie issues des premières) dans l'extension géographique du droit des brevets, dans son expansion à des domaines toujours croissants et dans son renforcement juridique au moyen de pressions politiques et économiques. Il a montré le rôle des brevets dans l'orientation des recherches (notamment dans l'orientation marquée de la recherche pharmaceutique vers la chimie de synthèse à la fin du 19^{ème} siècle ; puis dans l'orientation de la recherche vers la biotechnologie à la fin du 20^{ème} siècle). Il a mis en évidence le rôle des brevets (utilisés davantage comme barrières à l'entrée destinées à éliminer la concurrence que comme incitants à l'innovation) et des cartels (en partie rendus possibles par les brevets) dans la consolidation des corporations des sciences de la vie (devenues des conglomérats intégrant les intérêts des entreprises agrochimiques, des semenciers, des producteurs de plantes génétiquement modifiées, de diagnostics animaux et humains, et de produits biopharmaceutiques) dont les profits dépendent avant tout de leurs capacités monopolistiques et de leur capacité à instiguer de nouvelles règles juridiques afin de transformer les structures sociales.

Enfin, ce premier chapitre s'est clos sur une tentative de synthèse de quelques polémiques importantes sur les questions de propriété intellectuelle aboutissant à l'idée selon laquelle, à travers la réservation de l'information technique et les obstacles à l'accès à des technologies quelquefois essentielles, la finalité sociale des droits de propriété intellectuelle ne serait pas toujours concrètement réalisé. En effet, de l'avis d'un grand nombre de critiques, parmi lesquels des spécialistes du droit de la propriété intellectuelle, la légitimité d'un certain nombre de droits de propriété intellectuelle serait discutable pour diverses raisons exposées à la fin de ce chapitre, au point que certains soutiennent que le brevet « est en passe de devenir l'instrument contemporain de la servitude collective face aux intérêts privés d'organisations dominantes qui accroissent inlassablement leur contrôle sur l'ensemble des structures de notre société ». Ce sont

les fondements de cette hypothèse conduisant à l'idée qu'un changement de paradigme devrait s'imposer que nous avons pris le parti de tester dans le cadre de cette recherche.

Dans le deuxième chapitre, nous avons, dans un premier temps, exposé d'une façon la plus neutre et objective possible les arguments philosophiques développés par plusieurs auteurs classiques (Locke, Diderot, Kant, Fichte, Hegel, Mill, Nozick, Rothbard) en faveur de la propriété intellectuelle et les objections d'autres penseurs ou courants classiques à son encontre (l'utilitarisme de Condorcet, Proudhon et Marx). Pour ce faire, nous avons, à partir de certains de leurs extraits, donné la parole aux auteurs eux-mêmes, car leurs démonstrations sont, en règle générale, suffisamment claires et explicites.

Dans un second temps, nous avons abordé les critiques contemporaines de la propriété intellectuelle promouvant une conception alternative de l'intérêt général et l'avènement d'une « coalition des biens communs ». A cet effet, nous avons retracé les contours des notions de *res communis*, de patrimoine commun de l'humanité, de domaine public, d'*open access* et de *commons* afin de distinguer ces différentes approches et de montrer dans quelle mesure, mais aussi dans quelles limites, elles pourraient constituer des étendards satisfaisants dans la recherche d'alternatives aux impacts négatifs des pratiques de propriété intellectuelle.

Dans un troisième temps, nous avons rédigé une importante synthèse à partir de ces réflexions philosophiques.

Nous avons ainsi constaté que, parmi les justifications historiques de la propriété intellectuelle, figurent essentiellement l'argumentaire utilitariste et l'argumentaire propriétaire : la propriété intellectuelle est justifiée par son utilité économique et sociale d'une part, et par la légitimité que lui confèreraient le travail de l'auteur, ses efforts, son investissement, son talent, ou encore un certain droit moral de l'auteur justifié par son acte de création d'autre part. Notre objectif a donc été de vérifier s'il est effectivement justifié de fonder la légitimité de la propriété intellectuelle sur des arguments utilitaristes et/ou propriétaires. Au terme de notre démonstration, notre position est que cela ne semble pas aller de soi.

Dans un premier temps, en effet, cette synthèse a montré que la justification propriétaire de la propriété intellectuelle n'est pas exempte de failles. Cette démonstration s'est faite en plusieurs temps. Il n'est pas possible d'en reprendre tous les arguments ici, mais nous pouvons en rappeler le mouvement général. Pour commencer, nous avons examiné l'idée de droit naturel de propriété, et nous avons montré que les postulats de cette position ne sont pas tous tenables. Nous avons fait de même avec l'idée de droit moral de l'auteur sur son œuvre qui nous est apparue comme une déclinaison du droit naturel de propriété chez certains auteurs. Avec l'aide de Kant, Hegel, Nietzsche, Freud et Marx, et contre l'avis de Locke et de certains libertariens, nous avons réfuté l'idée de propriété de soi qui se trouve, selon nous, au cœur de cette idée de droit naturel de propriété. Cette réfutation nous a conduite à la conclusion que la propriété des produits issus de soi-même et le droit moral n'ont pas de justification naturelle. Nous avons ensuite exposé d'autres objections, dont certaines ont été formulées par Proudhon, à l'encontre de l'idée d'un droit moral naturel de l'auteur sur son œuvre. Cette démonstration n'exclut évidemment pas la reconnaissance

du droit moral de l'auteur par le droit positif sur base d'autres objectifs tels que, par exemple, récompenser l'auteur, le rémunérer ou stimuler la création. Par la suite, nous avons développé plusieurs autres objections à l'encontre de l'idée d'un droit naturel de propriété et montré que ni le droit de propriété, ni le droit de propriété intellectuelle ne semblent pouvoir être reconnus comme des droits fondamentaux intouchables, même si le droit les reconnaît comme des droits importants. Nous avons enfin exposé les arguments de Marx et de Proudhon à l'encontre du droit naturel de propriété et nous en avons conclu que l'argument selon lequel le travail justifierait la propriété (exposé chez Locke, Diderot, Nozick et même chez Smith) est peu convaincant à notre époque, une fois que l'on quitte le modèle théorique du travail individuel pour envisager le travail collectif, le travail créatif inspiré d'une tradition collective ou le travail salarié.

Nous avons ensuite examiné l'argument utilitariste et montré que le droit de la propriété intellectuelle est reconnu par les libéraux utilitaristes à partir du moment où ce droit trouve son utilité pour la société. Le critère ultime de jugement d'une institution étant l'utilité et, au-delà, le bonheur que celle-ci procure à la communauté, un utilitariste contemporain se devrait d'utiliser ces critères pour juger les pratiques actuelles en matière de propriété intellectuelle, la difficulté consistant à ne pas confondre utilité collective et intérêts privés. Nous avons également montré que le critère utilitariste a été utilisé tant, sinon davantage, pour condamner ou restreindre les privilèges, les monopoles et les pratiques de propriété intellectuelle que pour les promouvoir : en témoignent, par exemple, le Statut des Monopoles anglais de 1623, la position de Condorcet, la condamnation des monopoles chez certains libéraux utilitaristes, les revendications contemporaines en faveur de la préservation des choses communes, etc. Nous pensons avoir démontré que la justification utilitariste des droits intellectuels selon laquelle ces derniers seraient profitables à la société et à l'économie mériterait un réexamen. Ce réexamen devrait dépendre d'une part de la façon dont nous devrions repenser le système économique (c'est l'objet du troisième chapitre que d'expliquer ce qui nous conduit à affirmer que celui-ci nécessite d'être radicalement revu), et d'autre part de la façon dont nous pourrions redéfinir notre projet de société autour de l'objectif de soutenabilité (c'est également le but de ce troisième chapitre que de tenter de cerner en partie ce projet).

La conclusion de ce chapitre est que le libéralisme philosophique comporte en lui de nombreux principes justifiant une redéfinition radicale des régimes de propriété intellectuelle. L'approche utilitariste et, pour nombre de ses adeptes, celle du droit naturel convergent en effet dans leurs analyses des excès de la propriété intellectuelle et aboutissent aux conclusions suivantes : le droit de propriété intellectuelle devrait être explicitement subordonné à d'autres objectifs et effectivement soumis à des limites dictées par ces objectifs supérieurs. Dans cette perspective, des exceptions effectives à la propriété intellectuelle paraissent pleinement justifiées.

Néanmoins, ces exceptions ne suffisent pas aux yeux de nombreux acteurs et auteurs contemporains qui revendiquent, comme axe d'action primordial et prioritaire, le développement d'un régime juridique des biens communs visant à exclure certains objets matériels et immatériels, certains savoirs, certaines pratiques d'intérêt général des emprises des particuliers et à en assurer l'accès, la conservation et la possibilité de construire à partir d'eux. Dans cette optique, les notions de *res communis*, de domaine public, de patrimoine commun de l'humanité, d'*open*

source et de *commons* sont présentées comme des socles sur lesquels construire des dispositifs juridiques et pratiques multiples de protection de biens communs. Certains estiment ainsi qu'un régime juridique relatif aux *res communes* devrait être développé. D'autres que la notion de *commons* apporte des solutions concrètes, d'une part via l'approche *open source* (dont les limites ont néanmoins été soulignées), d'autre part via l'ensemble des pratiques que l'on peut regrouper sous l'appellation de *commons* (dont les limites ont également été soulignées). Des auteurs (notamment Bollier) ajoutent que, dans certains cas, une gestion des communs sous garantie publique serait à construire tant au niveau national qu'international, tandis que, dans d'autres cas, l'action publique et le statut administratif de bien public, améliorés, resteraient indispensables. D'autres auteurs (Dardot et Laval) soulignent cependant avec raison que ce n'est pas uniquement la préservation de certains biens communs qu'il importe de viser, mais une révolution des valeurs, des systèmes de normes, de certaines institutions centrales, de l'économie et de la société par elle-même, une révolution fondée sur le principe philosophique et politique du commun à partir duquel construire des communs. Ce principe du commun n'est pas à leurs yeux l'équivalent abstrait d'un principe de solidarité, mais le principe politique de délibération par laquelle les hommes s'efforcent de déterminer ensemble le juste, la décision et l'action. Il s'agit du principe de recherche du bien commun, d'une démocratie refondée sur base de la participation, de l'auto-gouvernement local. Nous partageons totalement cette position, mais sans pour autant rejeter, comme le font Dardot et Laval, les propositions relatives à la construction de régimes de *res communes*, sous prétexte que ce projet n'impliquerait pas de révolution suffisamment radicale. Nous pensons en effet que certains principes dégagés par ceux qui défendent le projet de développement d'un régime relatif aux *res communes* mériteraient d'être retenus. Dans une tentative un peu inédite dans une thèse de philosophie, nous avons ainsi synthétisé à la fin de ce deuxième chapitre (et nous les répéterons au terme de cette conclusion) une série de recommandations politiques concernant le régime des choses communes, tant dans le domaine matériel que dans les domaines du droit d'auteur et des brevets. Ces mesures ne nous paraissent pas contradictoires avec le projet de faire du commun le principe politique de construction des communs : elles nous paraissent même constituer des pas dans ce sens. Seule une démocratie participative, des citoyens informés, impliqués et actifs, coproducteurs du droit et des institutions pourraient parvenir à de telles avancées : il serait naïf et vain de les attendre passivement de l'État et des pouvoirs en place.

Dans le troisième chapitre, nous avons tenté de déterminer si la propriété intellectuelle concourt ou non à des processus d'innovation qui s'inscrivent dans une perspective soutenable. Ce chapitre a présenté dans un premier temps certains arguments économiques classiques (théorie de la croissance endogène, courant néo-institutionnaliste) justifiant la propriété intellectuelle et leur a opposé plusieurs objections (inspirées de Polanyi, d'Ostrom, du mouvement des *commons*, de l'*open innovation*, ...). La propriété intellectuelle est justifiée, dans le cadre des courants dominants de la pensée économique, par sa contribution au progrès technologique. Malgré les objections que nous avons soulevées à cet égard et bien que ce lien de causalité n'ait jamais été réellement démontré, nous sommes partie de ce postulat pour voir où il conduit : en admettant que la propriété intellectuelle contribue effectivement, au moins dans certains secteurs, au progrès technique ; en soutenant même, plus précisément, qu'elle concourt en partie à en déterminer la forme actuelle, on peut se demander quelle est, fondamentalement, l'importance du progrès

technologique généré de cette façon. Après avoir exposé les arguments économiques classiques (Say, Bastiat, Solow) justifiant l'impératif de progrès technologique que sont censés stimuler les droits de propriété intellectuelle et avoir opposé plusieurs objections à ces arguments, ce chapitre a suggéré (à la suite de Ricardo, Schumpeter, Marx et Rifkin) que le progrès technologique induit un chômage structurel durable et qu'il faudrait dès lors encourager un progrès technique différent (moins destructeur sur le plan social et environnemental) et, pour ce faire, le susciter d'une autre façon que, notamment, via des politiques de propriété intellectuelle qui n'ont pas d'effet incitatif dans ces sens spécifiques. La première partie de ce chapitre s'est close sur l'idée que le modèle économique guidé par les théories économiques dominantes conduit vers un étranglement du marché du travail et une situation de dépossession collective (à laquelle contribue la propriété intellectuelle), dans un contexte où la technologie est détournée de ses finalités.

Après avoir abordé dans le deuxième chapitre de cette recherche, à travers l'analyse des notions de biens communs et de communs, un premier ensemble de concepts qui semblent témoigner d'un potentiel mobilisateur, nous avons abordé dans ce troisième chapitre un autre concept fortement mobilisateur : celui de développement durable. On peut en effet espérer que les nombreux mouvements contemporains en faveur d'un changement sociétal pourraient, à partir du sentiment collectif de révolte, construire, autour d'idéaux mobilisateurs, une identité collective et susciter une volonté d'action capables d'alimenter un contre-mouvement révolutionnaire cohérent et progressiste. Néanmoins, nous avons émis des réserves par rapport à la capacité du concept de développement durable de susciter les changements qui s'imposeraient : après avoir défini ce concept, ses limites et les critiques dont il fait l'objet, nous avons identifié l'autonomie et la cohésion sociale comme des valeurs qui semblent en être au coeur. Dans un premier temps, nous en avons conclu qu'il conviendrait de juger les pratiques de propriété intellectuelle au regard des critères d'autonomie et de cohésion sociale afin de déterminer si elles œuvrent réellement, comme l'affirment les discours dominants, en faveur d'un développement durable. Dans un second temps, les critiques formulées à l'encontre de la notion de développement durable nous ont conduite à plutôt promouvoir, comme objectif global commun, en lieu et place du développement durable, la notion de soutenabilité, entendue comme mode(s) d'organisation sociale solidaire(s) en accord avec un environnement viable, soucieuse de l'autonomie des individus, des communautés, des peuples et des États, et de la cohésion sociale.

Nous avons ensuite envisagé la question de savoir si la soutenabilité implique la croissance ou la décroissance de l'économie et avons observé, à la suite de nombreux auteurs et acteurs, qu'il semble nécessaire de modifier notre mode de vie et notre organisation sociale et économique de manière radicale afin de les orienter vers une soutenabilité sociale et environnementale. Il en résulte que la promotion de la croissance par l'innovation ne peut pas, en soi, être considérée comme une politique de soutenabilité. Les politiques d'incitation à l'innovation ne pourraient éventuellement s'inscrire dans des politiques de soutenabilité qu'à condition d'être accompagnées d'incitations ou de contraintes à innover de manière écologique et dans le sens de l'intérêt public ; or, les droits de propriété intellectuelle ne constituent pas de tels incitants. On peut également conclure des développements qui précèdent que lorsque des solutions techniques de grande utilité sociale sont découvertes, il peut s'avérer contraire à

l'éthique et à la soutenabilité d'en restreindre la diffusion au moyen de droits de propriété intellectuelle.

Enfin, nous avons consacré le quatrième chapitre à une étude de cas. Celle-ci a porté sur l'impact des pratiques de protection de la propriété intellectuelle sur la biodiversité agricole. Plusieurs phénomènes ont été décrits dans ce chapitre. Pour commencer, nous avons rappelé que la biodiversité agricole ou cultivée, dont la valeur pour l'homme et l'environnement est incontestable, se trouve en phase d'érosion croissante (et cela à un degré extrêmement préoccupant), en grande partie en raison des pratiques inhérentes à l'agriculture moderne. En réaction à cette situation, de nombreux agriculteurs et associations de par le monde promeuvent la conservation *in situ* ou à la ferme des ressources phytogénétiques, ainsi que des pratiques reposant sur la diversité biologique, le recours à des variétés locales adaptées, la diminution de la dépendance aux intrants, une meilleure gestion de chaque écosystème agricole et une production de terroir. Ces agriculteurs et associations paysannes ou de défense de la biodiversité prônent un regain d'intérêt pour les variétés traditionnelles et paysannes, pour les variétés locales adaptées, actuellement en phase de déclin car marginalisées par l'agriculture moderne. Nous avons montré que plusieurs initiatives à l'échelle internationale (instruments de la FAO, Convention sur la diversité biologique, certaines directives communautaires) semblent favoriser cette approche, avant de constater que certaines de ces initiatives servent en réalité d'autres objectifs. Ce chapitre a notamment montré, à travers une longue analyse des instruments légaux concernés, que tant la réglementation sur l'accès aux ressources phytogénétiques, manifestement élaborée en fonction de l'évolution du droit de la propriété intellectuelle, que le droit de la propriété intellectuelle lui-même, et particulièrement les certificats d'obtention végétale et les brevets dans le domaine végétal, renforcent certaines politiques préjudiciables à la biodiversité.

Dans un premier temps, cet exposé nous a permis de mieux percevoir l'utilisation cynique de la notion de patrimoine commun de l'humanité, notamment sur la question des ressources phytogénétiques pour l'alimentation et l'agriculture, dans le simple but d'obtenir un libre accès à ces ressources, et d'observer le rôle joué par l'évolution de la propriété intellectuelle sur la déliquescence progressive de la doctrine du patrimoine commun de l'humanité. Nous en avons conclu que, s'ils étaient mis en œuvre, les principes à l'origine de la doctrine du patrimoine commun de l'humanité (entendu comme *res communis* de l'humanité) resteraient pertinents pour introduire davantage d'équité dans les relations internationales, mais que la notion de patrimoine commun de l'humanité a été récupérée au profit des intérêts des secteurs et des États à la pointe de la technologie. Contrairement à ce que déclarent certains instruments internationaux, les grands fonds marins, la science et la technologie, les ressources génétiques ne sont pas devenus de véritables patrimoines communs de l'humanité. Dans la plupart des instruments juridiques étudiés dans ce chapitre, le respect des droits de propriété intellectuelle est ce qui a fait ultimement obstacle à la traduction concrète des objectifs, pourtant explicites dans ces instruments, d'échanges équitables et de rapports de force équilibrés à travers des mécanismes de compensation, de solidarité et de redistribution. Dans un contexte d'érosion génétique, de précarisation de la conservation *in situ* et de concentration croissante de la diversité génétique *ex situ*, piraterie et développement paraissent aller plus que jamais de pair. L'expropriation des communs reste d'actualité, et la propriété intellectuelle est ce qui la légitime. La propriété

intellectuelle n'est évidemment pas la cause réelle qui fait obstacle à la mise en œuvre de transferts de technologie, de partage d'avantages et de mécanismes de compensation, de solidarité et de redistribution : la cause réelle se trouve dans les rapports de force politiques et économiques. Mais la propriété intellectuelle en est le prétexte, le discours idéologique légitimateur et l'un des instruments. Démontrer les fondements de ce discours idéologique comporte l'intérêt de mettre crûment en évidence la piraterie délibérée à l'œuvre dans les relations internationales.

Dans un second temps, nous avons abordé la question de la protection des savoirs traditionnels. Celle-ci avait surgi dans les années 90 suite à l'octroi de brevets portant sur des innovations découlant de ressources ou de savoirs traditionnels et ayant donné lieu à des accusations de biopiraterie pouvant entraîner des pertes économiques, des conséquences sociales et morales et un affront culturel et spirituel pour les communautés, ainsi qu'une surexploitation des ressources identifiées comme potentiellement intéressantes. Cette question de la protection des ressources et des savoirs traditionnels a été introduite dans les instruments négociés dans le cadre de la FAO en contrepartie de l'accès aux ressources génétiques. Elle s'est ensuite progressivement développée dans le but de valoriser les innovations traditionnelles et d'empêcher le dépôt de droits de propriété intellectuelle indus sur les ressources et les savoirs locaux. Ce thème est ou a été traité dans de nombreux forums, institutions et organisations. Nous nous sommes penchée dans ce développement sur les débats et les résultats obtenus à ce jour sur cette question d'une part dans le cadre de l'OMPI (Organisation mondiale de la propriété intellectuelle) et de l'ADPIC (Accord sur les aspects de propriété intellectuelle relatifs au commerce conclu dans le cadre de l'OMC), vu leur rôle central en matière de propriété intellectuelle, et d'autre part dans le cadre des travaux prolongeant la Convention sur la diversité biologique (CDB). Après une analyse des travaux récents en la matière dans ces forums, nous en avons conclu que, dès la fin des années 80, certains pays du Sud ont vu dans cette problématique une opportunité de s'inscrire dans le commerce mondial des ressources et dans l'économie du savoir, et la possibilité de retirer des bénéfices de leurs ressources génétiques et des savoirs connexes des communautés. Jouant sur cette motivation, l'OMPI, la CDB et l'ADPIC ont fait entrer de plain-pied les communautés détentrices de ressources et de savoirs traditionnels dans la logique économique moderne et les ont conduites finalement à s'approprier la mentalité qu'elles combattaient, il y a une vingtaine d'années, lorsque nombre d'entre elles s'étaient mobilisées contre les brevets et la propriété intellectuelle appliquée au domaine de la vie. L'idée que l'insertion des pays et des communautés du Sud dans l'économie du savoir sera facilitée par l'application du partage des avantages et par la protection des savoirs traditionnels constitue aujourd'hui la revendication centrale de ces pays et communautés dans ce débat, mais cette idée semble relativement utopique : les droits de propriété intellectuelle sur les savoirs traditionnels et droits au partage des avantages tirés de l'exploitation des ressources génétiques et des savoirs connexes ne se concrétiseront que très occasionnellement dans le sens de l'intérêt économique des pays et communautés riches en biodiversité. Pour certains, les savoirs et les ressources des communautés traditionnelles ne peuvent pas être considérés comme faisant partie du patrimoine commun de l'humanité : leurs droits d'usage devraient revenir aux communautés qui les produisent et en assurent la gestion. Le domaine public serait un concept romantique typiquement occidental, voire un concept néo-colonialiste qui aurait pour effet (et pour but dans certains cas) de laisser en libre accès des ressources utiles aux entreprises et aux pays développés. Dans un tel contexte, des lois nationales qui reconnaissent les

droits des communautés sur leurs savoirs et leurs ressources, ainsi qu'un traité international contraignant qui reconnaisse au niveau international les principes de ces lois nationales et le pluralisme philosophique et juridique qu'elles impliquent semblent nécessaires pour contrer les effets des droits de propriété intellectuelle « pirates ». Dans cet esprit, quelques lois nationales ont déjà vu le jour. Mais les travaux sur ce point au niveau multilatéral stagnent.

Selon nous, ce projet d'élargissement des normes de propriété intellectuelle aux savoirs traditionnels ressemble fort à un jeu de dupes. En effet, plaider, dans un autre contexte, pour la mise à disposition des médicaments essentiels et des technologies fondamentales et s'opposer à la brevetabilité des éléments biologiques (gènes et éléments isolés, plantes et animaux issus de procédés d'obtention conventionnels, etc.) dans une optique d'intérêt commun, tout en revendiquant la protection des savoirs et des ressources traditionnels au moyen de droits de propriété intellectuelle, ressemble à un double discours. Faut-il vraiment faire appel aux concepts de la propriété et de la propriété intellectuelle et se diriger vers des droits de propriété intellectuelle perpétuels pour préserver les ressources et savoirs traditionnels ? Au final, ce discours ambigu risque de faire le jeu des acteurs qui visent à généraliser le paradigme de la propriété intellectuelle. Et, de fait, l'ensemble du système juridique est en train de se verrouiller au profit de ces acteurs : au terme de 20 ans de débats, les directives élaborées dans le cadre du suivi de la CDB destinées à orienter les régimes nationaux *sui generis*, de même que les régimes *sui generis* multilatéraux élaborés dans le cadre de l'OMPI seront, selon toute vraisemblance, non contraignants et/ou ne contreviendront pas à l'ADPIC ; dans le même temps, à l'OMC, les négociations sur ce point n'évoluent plus. Dès lors, les régimes nationaux *sui generis* seront contraints, eux aussi, de ne pas contrevenir à l'ADPIC.

Le terme de biopiraterie est donc loin d'être abusif: les pays du Sud et leurs communautés se sont bel et bien fait « biopirater ». Ce processus a débuté avec les prospecteurs de ressources phytogénétiques, s'est intensifié avec la constitution des banques de gènes internationales, la Révolution verte et l'érosion progressive des ressources, s'est poursuivi avec l'application de la notion de patrimoine commun de l'humanité aux ressources phytogénétiques, avec le système de libre accès, puis avec le système multilatéral d'accès aux ressources phytogénétiques pour l'alimentation et l'agriculture. Par la suite, la reconnaissance de la souveraineté des États sur leurs ressources n'a pas fondamentalement changé la donne, un grand nombre de ressources génétiques étant désormais conservées *ex situ*, dans des collections internationales ou privées. La constitution en cours de bases de données portant sur les savoirs traditionnels ne résout qu'en partie la question de la biopiraterie (il peut arriver au contraire que ces bases de données en poursuivent le processus en rendant possible la bioprospection en ligne), et la protection des savoirs traditionnels par des régimes *sui generis* n'y parvient pas non plus, le développement de ces régimes étant fortement contraint par le droit de la propriété intellectuelle. D'autres parades urgentes aux abus engendrés par la propriété intellectuelle doivent être initiées. Ainsi, dans le cadre du droit des brevets, une redéfinition de la nouveauté, de l'activité inventive et de l'état de la technique nous semble devoir être une revendication prioritaire : inclure les savoirs et les ressources traditionnels dans l'état de la technique permettrait en effet de les prendre systématiquement en compte. Les communautés et pays du Sud ne sont pas en position de force pour faire évoluer ces lignes de front au niveau multilatéral, mais les États riches en biodiversité pourraient le faire dans le cadre

de leurs droits nationaux. Par ailleurs, dans le cadre de lois nationales et internationales, définir des droits d'usage collectifs sur certains savoirs et certaines ressources (plutôt que des droits de propriété intellectuelle qui aboutissent aux contradictions évoquées précédemment) paraît plus que légitime : les ressources sont en effet sous la souveraineté des États et sous la gestion des communautés, et il y a du sens à réglementer leur usage dans une optique de conservation environnementale et de respect des traditions locales. De même, réglementer l'usage de savoirs traditionnels propres à certaines communautés dans une optique de respect des traditions et reconnaître ces savoirs traditionnels dans l'état de la technique semble tout à fait légitime, même s'il faut reconnaître que les communautés ne sont pas toujours en position de force pour obtenir de leur État des lois nationales qui leur reconnaissent ces droits. D'autres propositions ont été longuement exposées à la fin de ce quatrième chapitre (et seront résumés au terme de cette conclusion).

Dans un troisième temps, nous avons étudié l'évolution de la protection des plantes et des variétés végétales au moyen de droits d'obtention végétale et de brevets : nous avons montré que cette évolution se fait dans le sens d'un élargissement et d'un renforcement de la protection, soit au moyen d'une évolution des normes, soit au moyen de stratagèmes juridiques, et que parmi les conséquences de cette évolution (parmi lesquelles une érosion manifeste d'éléments du domaine public), on assiste à une restriction croissante du privilège du fermier. Nous avons consacré par ailleurs un développement aux très nombreux accords de libre-échange régionaux et bilatéraux auxquels le développement futur des normes en matière de propriété intellectuelle semble devoir être de plus en plus lié. Le renforcement des droits de propriété intellectuelle, y compris au-delà du niveau normatif prévu par l'ADPIC et par la version de 1991 de la Convention UPOV, figure plus que jamais parmi les objectifs de ces accords (ALENA, ACAC, TPP, TPIC, CETA, etc.), tous vivement critiqués, d'ailleurs, en raison du manque de transparence de leurs négociations. Par ces voies bilatérales et régionales, les frontières du droit international de la propriété intellectuelle sont ainsi repoussées sur les fronts juridique, géographique et institutionnel. Nous en avons conclu que la question des semences peut se voir affectée par le durcissement des normes en matière de propriété intellectuelle, mais aussi par le renforcement des normes sanitaires et environnementales qui sont également à l'ordre du jour des accords de libre-échange multilatéraux et bilatéraux.

Nous avons ensuite étudié quelques problématiques (*a priori* extérieures à la problématique des brevets, mais qui se sont révélées y être néanmoins liées), démontrant une appropriation croissante de la biodiversité : les stratégies derrière les politiques de préservation *ex situ* de la biodiversité agricole dans des banques de semences ; les impacts de l'évolution du droit communautaire européen des semences et les tendances en matière d'appropriation des terres agricoles au niveau mondial. Concernant le premier point, nous avons conclu que la préservation *in situ*, indispensable aux petits agriculteurs qui constituent encore la majorité des agriculteurs dans le monde (essentiellement dans les pays en développement), et indispensable dans l'optique d'une agriculture soutenable au Nord¹⁵⁹⁴ comme au Sud, est institutionnellement négligée et même entravée au profit de la préservation *ex situ*, orchestrée par des organismes internationaux

¹⁵⁹⁴ Voir I. Saporta, *Le livre noir de l'agriculture*, Fayard, 2011.

(CGIAR, FAO) étroitement liés aux entreprises semencières et biotechnologiques : la préservation *ex situ* est dès lors essentiellement profitable à ces acteurs. En conclusion du deuxième point, nous avons montré que l'évolution du droit des semences a des impacts négatifs sur le commerce de certaines semences, en particulier les semences locales, anciennes, de conservation, du domaine public, etc. Cette question est tout aussi primordiale pour l'avenir des semences que celles de l'évolution du droit de la propriété intellectuelle, de l'agriculture intensive, de la dissémination des cultures génétiquement modifiées, de la conservation *ex* et *in situ* de la biodiversité agricole et de l'accaparement des terres. Enfin, nous avons montré que l'accaparement des terres progresse considérablement : nous en avons identifié les acteurs et les raisons, et nous avons conclu que sur ces vastes terres agricoles accaparées, converties à l'agriculture intensive pour certaines, actuellement inexploitées pour d'autres, mais désormais indisponibles pour les populations, il est évident que les pratiques de conservation *in situ* de la biodiversité agricole par les agriculteurs locaux sont rendues impossibles.

Les différents phénomènes décrits dans ce chapitre nous ont donc conduit à conclure que nous assistons à une appropriation croissante de la biodiversité agricole d'ordre stratégique qui constitue un obstacle à l'autonomie alimentaire des peuples. Nous nous sommes alors demandée si le modèle *open source* nous permettrait de sortir de cette impasse. Nous avons abordé deux initiatives de ce type à titre d'exemples afin d'en expliciter les objectifs et d'en repérer les limites, et nous avons conclu que les initiatives *open source* comportent incontestablement des atouts. Néanmoins, elles demeurent dans le paradigme de la propriété intellectuelle et visent parfois uniquement à créer de nouveaux types de marchés (par exemple une filière de semences spécifique). Par ailleurs, n'étant pas toujours soutenues politiquement, elles n'ont pas encore trouvé, sur la question qui nous occupe, le moyen d'être aussi solides et contraignantes légalement que les brevets et les droits d'obtention végétale. Sur la question des semences, elles peuvent donc se révéler très intéressantes, mais ne constituent pas la panacée.

Pour conclure ce dernier chapitre, nous avons identifié plusieurs mesures concrètes qui pourraient être mises en œuvre pour tenter de sortir de l'impasse écologique, économique et sociale dans laquelle nous nous sommes installés.

RECOMMANDATIONS POLITIQUES

Au terme du chapitre II, nous avons synthétisé quelques principes souhaitables relatifs à l'établissement de régimes de biens communs.

Ainsi, dans le domaine matériel, les libertés, besoins et droits fondamentaux semblent amplement justifier le développement de régimes relatifs aux *res communes* : il s'agirait de biens qui ne pourraient être appropriés que par fragments, des biens que tous pourraient utiliser dans la mesure où cet usage n'épuiserait pas leur substance. Dès lors, des règles relatives à l'accès aux *res*

communes, à leurs usages, à leur gestion économique, à leur gestion écologique, à la répartition des avantages qui peuvent en être retirés, etc. devraient être instituées. Pour chaque *res communis*, un « gardien » devrait gérer la mise en oeuvre de ces règles. La responsabilité civile devrait pouvoir être engagée en cas d'atteinte à une *res communis* et un principe de réparation devrait être institué. La possibilité d'agir en justice quand on est empêché de jouir d'une *res communis* par un tiers ou que celle-ci est significativement dégradée devrait être reconnue. Des fonds pour la conservation des *res communes* devraient être établis. Certains proposent également la mise en place de fonds d'indemnisation. Au niveau international, d'un point de vue conceptuel, ce régime rejoindrait celui du patrimoine commun de l'humanité (régime actuellement pervers, et donc à reconstruire, comme l'a montré le quatrième chapitre).

Dans le domaine immatériel, ce régime des *res communes* prendrait la forme d'une définition positive du domaine public et de règles permettant d'en garantir la préservation et les conditions matérielles d'accès. Le domaine public serait réaffirmé comme la règle et la propriété intellectuelle comme l'exception. Le domaine public serait défini comme un ensemble de pratiques culturelles ou scientifiques d'intérêt général, qui recouvre en outre le domaine du savoir déjà accessible.

Dans le domaine du droit d'auteur et du *copyright*, ce qui est dans le domaine public devrait demeurer dans le domaine public. Les contrats et mesures techniques de protection qui restreignent l'accès et la réutilisation des oeuvres du domaine public devraient être interdits. Toute tentative infondée ou trompeuse de s'approprier des oeuvres du domaine public (*copyfraud*) devrait être punie légalement. Aucun autre droit de propriété intellectuelle ne pourrait être utilisé pour reconstituer une exclusivité sur des oeuvres du domaine public : en cas d'enchevêtrement de droits, le principe du domaine public primerait. Des sanctions en cas d'atteinte à l'intégrité du domaine public devraient être instaurées. Le domaine public volontaire devrait être rendu compatible avec le droit. On éviterait au maximum les domaines publics payants.

Dans le domaine des brevets, les notions d'invention et de découverte devraient être clarifiées. Le principe selon lequel le droit des brevets peut s'appliquer à tous les domaines de création et d'innovation sans discrimination devrait être refusé, la composition du domaine public étant une question de choix politique. Pour déjouer les pressions économiques et politiques exercées sur les pays dans le cadre des négociations sur les accords bilatéraux et multilatéraux relatifs à la propriété intellectuelle, la délimitation du domaine public, les exclusions et exceptions à la brevetabilité devraient faire l'objet de référendums populaires nationaux (préalablement informés). Toute atteinte à l'accessibilité d'un élément de savoir ou de technique d'intérêt majeur devrait pouvoir faire l'objet d'une action en justice. Des stratégies de conservation et d'accès aux éléments de savoir et de technique d'intérêt majeur devraient être mises en place. Les durées de protection devraient être revues à la baisse. Les tentatives frauduleuses d'appropriation du domaine public, les stratégies visant à bloquer l'accès au domaine public par des mesures techniques ou un enchevêtrement des droits ou à prolonger la durée des droits devraient pouvoir faire l'objet de sanctions. Les offices de brevet ne devraient plus être financés par les utilisateurs du système des brevets afin d'être en mesure de garantir un examen plus impartial des demandes.

Au terme du chapitre IV, nous avons également synthétisé une série de recommandations politiques.

Les solutions internes au droit de la propriété intellectuelle ne semblent pas, dans le domaine agricole, avoir fait la preuve d'une grande efficacité. En effet, les exceptions au droit des brevets se sont révélées peu opérantes (licences obligatoires) ou ont été contournées ; les tentatives de créer, au sein du secteur public, des *patents pools* dans le secteur des biotechnologies ne se sont pas montrées efficaces et ne semblent pas avoir permis au secteur public de contourner les problèmes liés aux brevets comme, par exemple, les maquis de brevets (contrairement au secteur privé pour lequel les *patents pools* sont des stratégies efficaces) ; de même, les initiatives *open source* dans le domaine agricole ne se révèlent pas aussi efficaces que ce qui serait souhaité.

Dès lors, dans le domaine de la propriété intellectuelle, aux niveaux international et national, il paraît impératif de faire marche arrière, notamment sur la question des brevets sur le « vivant », tant au niveau des accords, que de la jurisprudence et des interprétations des offices de brevets, c'est-à-dire d'exclure de la brevetabilité les végétaux et les animaux, génétiquement modifiés ou non, les variétés végétales et les races animales, les parties et composantes des végétaux et des animaux, y compris les gènes (sans quoi l'exclusion des végétaux et animaux est contournée), même si le demandeur du brevet fait état d'un travail pour les isoler ou en identifier les propriétés. Il importe également d'exclure de la brevetabilité les méthodes conventionnelles de sélection végétale, même lorsque la sélection est assistée par des marqueurs génétiques ; de renforcer et de réglementer le domaine public pour lutter contre sa confiscation ; de rendre plus sévères les exigences de protection, notamment le degré d'inventivité, la nouveauté et l'état de l'art, de façon à rendre non brevetables les éléments biologiques préexistants ; de redéfinir plus strictement la distinction entre découverte et invention et de réaffirmer que tout matériel biologique ou substance naturelle qui a été isolé de son environnement naturel ou dont les fonctions ont été identifiées n'est pas une invention ; d'exclure les découvertes de la protection par brevet ou par droit d'obtention végétale ; de faire marche arrière au niveau des limitations du privilège de l'agriculteur ; de revenir à la conception selon laquelle la propriété intellectuelle est l'exception et les semences de ferme le principe ; de réduire la durée des droits ; de résoudre le problème que pose l'autofinancement des offices des brevets/de protection des obtentions végétales ; de ne plus conclure d'accord bilatéral et multilatéral négocié sans transparence et sans participation démocratique ; de faire marche arrière là où de tels accords entravent le développement ; d'aborder la question des biotechnologies et de leur protection non pas technique par technique, mais dans son ensemble, et de déterminer un cadre éthique général.

Mireille Buydens a suggéré d'autres propositions politiques que nous n'avons pas abordées dans cette recherche, mais qui ont toute leur pertinence : développer le droit de la concurrence déloyale, offrir des récompenses matérielles et immatérielles ou à tout le moins un système de récompense alternatif, transformer la propriété intellectuelle en simple droit à rémunération via des licences obligatoires globales, faire appliquer une obligation d'exploitation

de l'invention,¹⁵⁹⁵ appliquer la *théorie de l'abus de droit* selon laquelle « les droits ne peuvent être exercés dans un but étranger à celui pour lequel le législateur les a conçus, cette théorie impliquant qu'il est abusif d'user d'un droit dans l'intention de nuire », mettre en œuvre la *théorie de l'apparence* selon laquelle « le déposant qui crée indûment l'impression que son invention est valablement brevetée serait amené à dédommager les tiers ayant souffert de ce monopole apparent dès lors que cette apparence lui est (partiellement) imputable, que les tiers victimes ont pu y croire de bonne foi et que ceci leur a causé préjudice (ce qui sera le cas dès lors qu'ils auront été écartés du marché ».¹⁵⁹⁶

Dans le domaine des politiques et des pratiques agricoles, il est urgent de revenir à une agriculture plus extensive ; de diminuer la dépendance aux intrants chimiques toxiques ; de recourir à une diversité de variétés locales adaptées et de favoriser les échanges de semences ; d'assurer une meilleure gestion de chaque écosystème ; de favoriser la production et le commerce de semences réellement biologiques, de semences libres de droits de propriété intellectuelle, de semences autres que les hybrides F1, et de semences non OGM ; de promouvoir la conservation *in situ* des ressources ; de financer et de multiplier les banques de semences au nord et au sud, les banques locales et communautaires et les initiatives de conservation des variétés locales ; de faciliter l'accès à ces banques par les agriculteurs et les populations et de faciliter les échanges de matériel végétal entre banques internationales et régionales et entre banques régionales et locales ; de revoir les critères requis pour l'inscription aux catalogues de semences (DHS et VCU) ; d'ouvrir les catalogues aux variétés du domaine public, aux semences de conservation, aux semences locales, traditionnelles, paysannes et non DHS ; de supprimer les redevances pour l'inscription et le maintien de ces variétés aux catalogues ; de ne pas en limiter le commerce et la culture ; de développer la production et la commercialisation de ces variétés ; de faire marche arrière en matière de politiques d'ouverture aux OGM ; de lutter contre l'accaparement des terres en instaurant une démocratie participative et en rétablissant les droits des peuples et communautés sur leurs territoires.

Au niveau de la société civile, enfin, il importe de revendiquer et de construire une démocratie participative ; de ne plus se reposer sur le marché et l'État comme s'ils étaient au service de l'intérêt général ; de créer et de fédérer des mouvements d'opposition, de désobéissance et de lutte ; d'initier des pratiques alternatives et collaboratives (par exemple de mettre en place des systèmes participatifs autour de producteurs locaux pratiquant une agriculture écologique, de lancer des initiatives locales de conservation et d'échange de semences, etc.) et d'élargir cette démarche à tous les aspects de la vie de façon à reconquérir notre autonomie.

En effet, ce que suggère l'ensemble de cette recherche, c'est que, dans l'état actuel des rapports de force, il semble illusoire d'attendre passivement des réponses politiques. De nombreux acteurs et auteurs appellent à redéfinir, protéger et promouvoir le domaine public : ils ont raison. Mais la redéfinition, la protection et la promotion du domaine public ne sont pas à l'agenda

¹⁵⁹⁵ M. Buydens, *Remèdes à la privatisation de l'information par la propriété industrielle : le domaine technique*, in *Revue internationale de droit économique*, 2006/4 t. XX, 4, p. 8 de l'article numérisé sur le site cairn.info.

¹⁵⁹⁶ M. Buydens, *op. cit.*, p. 445-475.

politique. Dès lors, ce sont les rapports de force eux-mêmes qu'il importe de modifier en multipliant les initiatives citoyennes alternatives fondées sur une approche collaborative (y compris lorsque ces initiatives sont dans l'illégalité, puisque le droit est partisan). Il faut bien reconnaître que les initiatives locales et souvent modestes en matière d'agriculture soutenable et de maintien de la biodiversité sont pour l'heure insuffisantes pour modifier les politiques globales qui conduisent à la destruction des ressources phytogénétiques traditionnelles, mais elles sont indispensables : ces initiatives doivent se poursuivre, se développer, se multiplier, gêner les pouvoirs en place et se coordonner afin de créer des mouvements qui puissent devenir des contre-pouvoirs portés par le but et l'espoir d'enrayer et d'inverser les tendances lourdes. Cette recherche suggère cependant incidemment que, pour parvenir à modifier le droit en faveur de la soutenabilité sociale et écologique, c'est aussi nos démocraties qu'il faudra réformer vers des formes plus participatives, plus représentatives de l'intérêt général.

Le lien entre cet appel et l'analyse philosophique conduite dans les chapitres 2 et 3 pourrait être que nous nous sommes laissés guider aveuglément par les notions de propriété (intellectuelle) et d'individualisme au détriment du lien social et du monde physique. Notre démonstration rejoint en effet la célèbre critique par Macpherson de l'individualisme possessif qu'il voyait comme un présupposé implicite du libéralisme.¹⁵⁹⁷ Elle rejoint également les auteurs qui ont montré que l'individu n'est pas cet être autonome conçu comme préexistant au lien social et comme séparé du monde réduit à un objet qu'il peut maîtriser et dominer.¹⁵⁹⁸ Enfin, l'une de nos conclusions est que les arguments utilitaristes en faveur de la propriété intellectuelle devraient être réexaminés au regard de l'objectif de soutenabilité ; mais il est tout aussi pertinent de soutenir, comme le font certains auteurs, qu'opposer un utilitarisme « socialiste et écologique » à l'utilitarisme « capitaliste » n'est pas indispensable, car la vie, le partage et la justice peuvent également être défendus sans référence à l'utile, comme des biens en soi.¹⁵⁹⁹

¹⁵⁹⁷ C.B. Macpherson, *La théorie politique de l'individualisme possessif* (1962), Gallimard, 2004 ; voir, sur ce point, la dernière note du chapitre 2.

¹⁵⁹⁸ M. Benasayag, *Le mythe de l'individu*, La Découverte, 2004.

¹⁵⁹⁹ M. Benasayag, *op.cit.*, p. 166.

Annexe 1 : Chiffres et données-clés

Statistiques mondiales sur les brevets : chiffres-clés

- 2,6 millions de demandes de brevets en 2013
- 1,7 million de brevets accordés en 2013
- ce sont les États-Unis (USPTO) et le Japon (JPO) qui ont accordé le plus de brevets en 2013
- 81% des brevets ont été déposés dans 5 bureaux de brevets : par ordre d'importance, la Chine, les États-Unis, le Japon, la République de Corée, l'Union européenne
- 28% de ces brevets concernent les domaines suivants : par ordre d'importance, « computer technology, electrical machinery, apparatus, energy, measurement, digital communication, medical technology »

Sources : Organisation mondiale de la propriété intellectuelle, *World Intellectual Property Indicators*, 2014, résumé sur <http://www.wipo.int/ipstats/fr/wipi/>; http://www.wipo.int/export/sites/www/ipstats/en/wipi/2014/pdf/wipi_2014_key_figures.pdf; http://www.wipo.int/export/sites/www/ipstats/en/wipi/2014/pdf/wipi_2014_patents.pdf (pages consultées le 15/11/2015).

Statistiques mondiales sur les obtentions végétales : chiffres-clés

- plus de 15 000 demandes de certificats d'obtention végétale en 2013
- ce qui représente 6,3% de plus qu'en 2012
- on constate une croissance des dépôts au Bureau européen des variétés végétales (CPVO) et dans les bureaux d'Ukraine et des États-Unis
- autour de 10 000 certificats d'obtention végétale accordés en 2013
- l'Europe comptabilise la plus grande part des demandes mondiales en 2013 (46,9%)
- les Pays-Bas sont les plus grands demandeurs de certificats d'obtention végétale en 2013
- pour la première fois, au niveau mondial, plus de 100 000 variétés font l'objet d'une protection en vigueur en 2013

Source : Organisation mondiale de la propriété intellectuelle, *World Intellectual Property Indicators*, 2014, résumé sur http://www.wipo.int/export/sites/www/ipstats/en/wipi/2014/pdf/wipi_2014_plants.pdf (page consultée le 15/11/2015).

Statistiques sur les brevets pour l'Union européenne : données-clés

- « Par demandes de brevets européens, on entend les demandes déposées soit directement dans le cadre de la convention sur le brevet européen, soit conformément au Traité de coopération en matière de brevets (PCT) et adressées à l'OEB (Euro-PCT) ».
- « Les demandes de brevet déposées à l'Office européen des brevets (OEB) par les États membres de l'UE-28 se chiffraient à 54 900 en 2012, soit une baisse de 2 100 par rapport à 2005, ou, en termes relatifs, une diminution de 3,7 %, soit -0,5 % par an ».
- « Parmi les États membres de l'Union européenne, l'Allemagne est, de loin, le pays ayant le plus grand nombre de demandes de brevet à l'OEB en 2012, avec quelques 22 800 demandes (41,4 % du total de l'UE-28), suivie de la France (8 300), du Royaume-Uni (5 100), de l'Italie (4 200) et des Pays-Bas (2 800) ».
- « Parmi les pays tiers, ce sont les États-Unis (28 500) et le Japon (22 700), suivis de la Corée du Sud (5 900) et de la Chine (5 500) qui ont enregistré le plus grand nombre de demandes de brevet ».

- « La biotechnologie est une activité en croissance au sein de l'Union européenne et cette croissance était également reflétée dans le nombre de brevets concernant la biotechnologie. Néanmoins, en 2012, seules 512 demandes de brevet (0,9 % du total de l'UE-28) déposées auprès de l'OEB étaient liées à des inventions en biotechnologie ».
- « Depuis 2007, la production de données sur les brevets par Eurostat s'appuie presque exclusivement sur la base de données statistique mondiale des brevets de l'OEB (Patstat) ».

Source : Eurostat. Résumé sur http://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/Patent_statistics/fr (page consultée le 15/11/2015).

Statistiques sur l'innovation pour l'Union européenne : données-clés

- « L'enquête communautaire sur l'innovation (CIS) fournit des statistiques ».
- « Par rapport à la période 2008-10, la proportion d'entreprises innovantes a diminué de 3,9 % points de pourcentage ».
- « Parmi les États membres de l'UE, les proportions les plus élevées d'entreprises innovantes au cours de la période 2010-12 ont été relevées en Allemagne (66,9 %; en % du nombre total d'entreprises), au Luxembourg (66,1 %), en Irlande (58,7 %) et en Italie (56,1 %) ».
- « En ce qui concerne l'UE-28 dans son ensemble, plus d'un quart (27,5 %) des entreprises a signalé des cas d'innovation d'organisation. L'innovation de commercialisation est arrivée en deuxième position: elle est mise en œuvre dans 24,3 % de l'ensemble des entreprises. L'innovation de produit (l'innovation qui englobe les biens ou services nouveaux ou améliorés de façon significative) a été introduite dans 23,7 & % des entreprises. Relativement peu d'entreprises (21,4 %) ont mis en œuvre l'innovation de procédé ».
- « Les marques, les brevets, les droits d'auteur et l'enregistrement de dessins semblaient être moins utilisés par les entreprises pratiquant l'innovation de produit et/ou de procédé afin de maintenir ou d'accroître leur compétitivité et un pourcentage relativement faible d'entre elles a considéré que ces méthodes étaient très importantes. Cependant, il convient de faire remarquer que l'utilisation de ces méthodes est plus répandue dans les entreprises exerçant certaines activités et l'étendue de leur utilisation dépend aussi de la taille de l'entreprise. Par exemple, les plus grandes entreprises font une utilisation plus intensive des brevets ».

Source : Eurostat. Résumé sur http://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/Innovation_statistics/fr (page consultée le 15/11/2015).